Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Kaiser Wilhelms-Universität Straßburg.

Vorgelegt von

Julius Wackenthaler
Referendar in Türkheim i. El.

ACAD. LIBRARY KIEL

Diese Dissertations-Ausgabe enthält bloß ein Drittel der Dissertation. Die ganze Arbeit ist als Buchausgabe erschienen in der Dieterich'schen Verlagsbuchhandlung (Theodor Weicher) Leipzig, Inselstraße Nr. 10

Referent: Professor Dr. August Sigismund Schultze.

Druck von Oscar Brandstetter in Leipzig.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 9ff

1. Allgemeines: Gegenstand der Arbeit S. 9ff. Die induktive Methode an der Hand des Gesetzes führt allein zum Ziele S. 10.
2. Gedankengang S. 11.

B. Abhandlung:

I. Abschnitt. **Kritik der einzelnen Theorien** 13

1. Kapitel 14

Der Zwangsvergleich ist kein reiner zivilrechtlicher Vertrag S. 14, denn hiermit ist unvereinbar:

A. Die Bindung der Minorität durch die Majorität (§ 193 KO.) S. 15ff. Die Erklärung, daß die Minderheit durch die Mehrheit zum Vertragsschluß einfach gezwungen werde, widerspricht allem Vertragsrecht S. 15. Diese Bindung erklären aber auch nicht genügend:

I. Die Organisationstheorien S. 17: die gemeinsamen Grundgedanken und die Variationen dieser Theorien S. 17. Deren Widerlegung S. 19ff.:

1. Zwischen den Konkursgläubigern besteht kein rechtliches Gemeinschaftsverhältnis S. 19:
   a) keine juristische Person S. 21 oder sonstiges Rechtssubjekt;
   b) keine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand S. 24:
      α) bezüglich des Konkursanspruches S. 26;
      β) bezüglich der Konkursmasse S. 27 als Miteigentümer;
      γ) bezüglich eines sonstigen dinglichen Rechtes an der Konkursmasse S. 28;
      δ) bezüglich eines Pfandrechtes an der Konkursmasse S. 28;
      ε) bezüglich eines gemeinsamen Anfechtungsrechtes 29;
2. die Versammlung der Konkursgläubiger wäre nicht „Organ" einer solchen Gemeinschaft S. 30.
3. die Gläubigerversammlung hat keinesfalls Dispositions- sondern nur Instruktionsbefugnisse S. 36.
4. die Sätze 1—3 gelten erst recht für die Versammlung der Akkordgläubiger S. 37.

II. Die Theorie der Zwangsvertretung S. 40.

III. Die Theorie, die einen Vertrag der Majorität zu Lasten der Minorität behauptet S. 43.

IV. Die Anwendung des Kontumazialprinzips für die überstimmten Akkordgläubiger S. 46.

Seite

B. Die Beschränkung der Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs nach rechtskräftiger Bestätigung desselben S. 47.

C. Das Vorhandensein anderer Eigentümlichkeiten beim Zwangsvergleich S. 51.

1. Die einschneidenden Wirkungen der richterlichen Bestätigung S. 51.
2. Die zeitlichen Beschränkungen, denen der Zwangsvergleich unterliegt S. 53.
3. die Befugnis des Richters, die Bestätigung des Zwangsvergleichs in jedem Fall zu versagen S. 54.
4. Die Entscheidung über die Stimmberechtigung nach diskretionärem Ermessen des Gerichts (§ 95 KO.) S. 55.
5. Die Bestimmung des § 193 KO. S. 55.
6. Die Möglichkeit des Gemeinschuldners von seinem Vorschlage zurückzutreten S. 56.

Resultat: Die Ausdrücke in der Konkursordnung ohne Bedeutung S. 56. Ist der Zwangsvergleich kein ziviler Vertrag, so ist er auch kein zivilrechtlicher Vergleich.

2. Kapitel 59

Der Zwangsvergleich ist auch kein prozessualer Vertrag S. 59. Grundgedanken der Theorie Kohlers S. 59. Widerlegung S. 59: Der Zwangsvergleich ist kein prozessualer Vertrag, denn es fehlen bei ihm die allgemeinen Tatbestandsmerkmale eines solchen. Diese sind nicht in den Prinzipien des allgemeinen Kulturrechtes zu suchen S. 62. Aber selbst danach wäre der Zwangsvergleich kein Prozeßvertrag S. 63. Insbesondere nicht nach geltendem Prozeßrecht S. 64, denn in diesem findet sich keine Erklärung für die Eigentümlichkeiten des Zwangsvergleichs S. 64; z. B. für die Bindung der Minorität S. 114; die zivilrechtlichen Folgen S. 66 und die übrigen gesetzlichen Bestimmungen S. 68.

3. Kapitel 70

Kritik der vermittelnden Theorien S. 70:

I. Oetkers Theorie S. 70. Sie ist überhaupt keine Konstruktion S. 128.

II. Löhrs Theorie S. 71:

1. die Fehler und Widersprüche seiner Kombination als solcher S. 71ff.,
2. deren Unzulänglichkeit und Unvereinbarkeit mit den einzelnen Gesetzesbestimmungen S. 81ff.

III. Theorie von Wohs S. 85 und Gerland S. 88.

IV. Fittings Theorie: Eine Verbindung der Theorie Kohlers und der Urteilstheorie S. 89.

V. Die Ansicht von Deybeck S. 91.

II. Abschnitt. **Die Urteilstheorie. Ihre Prüfung und Bestätigung** 93ff.

Vorbemerkung und Grundgedanken der Theorie S. 93.

I. Das Wesen des Urteils und des Zivilprozesses überhaupt ist rechtskräftige Feststellung konkreter subjektiver Privatrechte S. 95.

II. Danach ist das Konkursverfahren wirklicher Zivilprozeß S. 98 und der Zwangsvergleich selbst ein wahres Urteil, und zwar ein Konstitutivurteil S. 99.

Seite

Hieraus erklären sich die Charakteristika des Zwangsvergleichs S. 100: Die Bindung der überstimmten Gläubiger S. 100. Die Art der Abstimmung S. 101. Die privatrechtlichen Wirkungen und die beschränkte Anfechtbarkeit des Zwangsvergleichs S. 102; sowie die anderen Einzelbestimmungen des Gesetzes S. 102.

Widerlegung verschiedener Einwände S. 106:

1. Schultze lasse das Konkursverfahren zweimal endigen durch Bestätigungsdekret und Aufhebungsbeschluß S. 106. 2. Der Zwangsvergleich äußere keine materiellen Rechtskraftwirkungen S. 107. 3. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde sei nicht mit der Urteilstheorie vereinbar S. 107. 4. Die vom Gesetz gebrauchten Ausdrücke S. 107. 5. Das Fehlen des Artikels 515 des code de commerce in unserem Gesetz S. 108. 6. Der Zwangsvergleich treffe nur den Konkursanspruch, nicht auch die Konkursforderungen S. 108. 7. Das Urteil bewirke nicht res iudicata S. 109.

III. Abschnitt. **Der Zwangsvergleich im französischen Recht** . . . 110ff.

Die besondere Bedeutung des französischen Rechts für unsere Frage S. 110. Das Verfahren im französischen Recht S. 110. Die Unterschiede zu unserem Verfahren S. 112. Deren Unerheblichkeit für die Frage nach der Konstruktion des Zwangsvergleichs im französischen Recht S. 112. Die Stellung der französischen Literatur und Rechtsprechung zur Frage: Der Zwangsvergleich sei ein Ausnahmevertrag. Einzelne Zitate S. 113. Die französischen Organisationstheorien S. 114. Der Zwangsvergleich nach Rouast ein „contrat collectif“ und Widerlegung dieser Theorie S. 115ff. Die richtige Definition von Chéron S. 117.

C. Schluß. **Die praktische Bedeutung der Frage** . . . . . 118ff.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548024_0075

A. Einleitung.

1. Die Frage und der Streit um die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs nach der geltenden Konkursordnung verdanken ihre Entstehung den beiden Schriften von Schultze: „Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen. Berlin 1880", [1]) und dessen Abhandlung in der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 25, S. 350 ff.". Bis dahin gab es wohl juristische Streitfragen über die Grundlagen des Konkursrechtes, dagegen herrschte prinzipielle Einstimmigkeit darüber, daß der Zwangsvergleich ein Vertrag sei zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht privilegierten Gläubigern, zwar ein Vertrag eigentümlicher Art, aber immerhin ein Vertrag in materiell rechtlichem Sinne. Jene beiden Schriften Schultzes aber riefen den Streit wach und machten auch die Materie des Zwangsvergleichs bestritten. Und seither ist die Frage nicht mehr zur Ruhe gelangt. Eines aber ist sicher: Die Angriffe von Schultze auf die Vertragstheorie haben bewirkt, daß die Anhänger der alten und reinen Vertragstheorie immer weniger werden, und wenn auch die Urteilstheorie, so wie sie von Schultze aufgestellt worden ist, noch nicht die herrschende geworden ist, so mehren sich doch die Schriftsteller, die die reine Vertragstheorie direkt oder indirekt aufgeben oder eine vermittelnde Stellung einnehmen.

Die geltende Konkursordnung hat auch beim Zwangsvergleich sich von allen dogmatischen Sätzen ferne gehalten und lediglich positive Anordnungen getroffen, deren Konstruktion Sache der Jurisprudenz ist. [2]) Die rechtliche Natur des Zwangsvergleichs kann nur ermittelt werden aus den positiven Einzelvorschriften des Gesetzes unter gleichzeitiger Betrachtung ähnlicher Rechtsinstitute, und der Sätze, die allgemein feststehen. Maßgebend ist ferner nur das bei uns geltende Gesetz, insbesondere die positiven Bestimmungen unserer Kon-

---

[1]) Schultze, Das deutsche Konkursrecht, S. 114, und die dort angegebene Literatur. Vgl. auch die Literaturangaben bei der Kritik der Vertragstheorien.

[2]) Löhr, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 16, S. 335.

kursordnung. Allerdings sind hierbei auch die Geschichte und Rechtsvergleichung von Bedeutung, aber nicht als entscheidende Faktoren, sondern nur als subsidiäre Wegweiser, die uns die richtige Auslegung des positiven Gesetzes, der einzigen entscheidenden Quelle erleichtern und erhärten, niemals aber Geltung beanspruchen dürfen, wenn sie im Gegensatz zu einer klaren Gesetzesbestimmung stehen.[3])

Daraus ergibt sich zugleich auch, daß wir nur auf induktivem Wege zu unserem Ziel gelangen können. Es muß von den einzelnen Gesetzesvorschriften ausgegangen und aus deren Gesamtheit der ihnen gemeinsame Grundgedanke und die richtige Konstruktion herausgeschält werden. Mit Recht hat Schultze die Notwendigkeit und Alleinrichtigkeit der induktiven Methode betont. Ganz verfehlt sind in dieser Beziehung die Angriffe Oetkers, der Schultze den Vorwurf der deduktiven Methode macht. Es heißt noch nicht deduktiv vorgehen, wenn man aus systematischen Rücksichten das Resultat gleichsam hypothetisch voranstellt und dann an der Hand der Einzelbestimmungen des Gesetzes die Richtigkeit dieser Hypothese beweist. Deduzieren heißt vielmehr, in rein begrifflicher Weise, in abstrakten Gedankengängen, a priori zu einem Resultat gelangen, dem sich dann die einzelnen Gesetzesbestimmungen übel oder wohl unterwerfen müssen. Oetker verwechselt die Art und Weise, wie Schultze seine Ausführungen in seiner systematischen Darstellung gruppiert mit dessen wissenschaftlicher induktiven Methode der Forschung, die Schultze an verschiedenen Stellen seines Buches[4]) als induktive ausdrücklich betont und der deduktiven Theorie entgegenstellt. Es ist die schärfste Verurteilung dieser letzteren, wenn Schultze in seinem deutschen Konkursrechte, S. 119, schreibt: „Nirgends mehr wie hier (d. h. beim Zwangsvergleich) hat die Theorie Veranlassung, sich ihrer Ohnmacht inne zu werden, wo sie es unternimmt, von vorgefaßten Meinungen aus sich dem unabweisbar Befriedigung heischenden Bedürfnis des Verkehrs entgegenzustellen." Aber nicht nur aufgestellt hat Schultze die induktive Methode, sondern diese auch in dem genannten Buche überall auf das strikteste beobachtet, indem er alle von ihm besprochenen Rechtserscheinungen und Ergebnisse des heutigen Konkursrechtes ausschließlich aus den

[3]) Dies gilt besonders gegen Seuffert, Konkursprozeßrecht, S. 408, wo er die Ansicht von Schultze in erster Linie deswegen für unrichtig hält, weil sie mit der geschichtlichen Entwickelung in Widerspruch stehe.

[4]) Vgl. besonders Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 25, 125, 129 („aus Vorstehendem" — d. h. aus vorstehenden gesetzl. Bestimmungen — „ergibt sich").

positiven Einzelbestimmungen des Gesetzes entnimmt und herausschält, ein Vorzug, der auch in den damals erschienenen Besprechungen besonders hervorgehoben worden ist.

Gegenstand dieser Abhandlung nun soll nicht sein, eine erschöpfende oder kommentatorische Darstellung des Zwangsvergleichs zu geben, z. B. zu beweisen, daß ein Zwangsvergleich nur möglich ist nach Eröffnung des Konkurses, daß die Bestätigung desselben nur von einem Richter, nicht Gerichtsschreiber erfolgen kann usw., vielmehr kommt es uns nur auf das charakteristische Merkmal an, d. h. dasjenige Merkmal, das dem Zwangsvergleich sein eigentümliches Gepräge gibt, ihn in Beziehung zu bestimmten Rechtsfiguren bringt und insbesondere, wenn als solche Charakteristika sich gegensätzlich ausschließende Konstruktionsmittel behauptet werden, also in Wahrheit dann nur eines von diesen das richtige sein kann, dieses letztere herauszufinden.

2. Gedankengang: Es ist nicht gerade leicht, sich in den zahlreichen Theorien mit ihren einzelnen Variationen zurechtzufinden. Ihre Kritik wird hier die Hauptarbeit sein. Nun haben die meisten Autoren mit der Kritik zugleich ihre positiven Ausführungen verbunden, die Negation gestärkt durch die Position. Es ist dies vielleicht natürlicher und leichter, denn bei der Kritik, besonders bei der Aufzählung der einzelnen Gegengründe sickert naturgemäß der eigene Standpunkt des Kritikers durch, zeigen sich schon dessen positive Behauptungen. In dieser Arbeit erscheint es aber zweckmäßiger, zuerst nur Kritik zu üben. Hierbei wird die Urteilstheorie zuletzt untersucht, und da sie m. E. allein eine befriedigende Lösung gibt, wird sie dann auch angenommen und in den positiven Ausführungen dieser Abhandlung verteidigt. Dieser Gang der Ausführungen entspricht dann auch der Genesis des Zwangsvergleichs. Dieser kommt zustande, indem zuerst die Parteien (Gemeinschuldner und Akkordgläubiger) tätig werden (Antrag, Abstimmung) und dann abschließend das Gericht (Bestätigung). Je nachdem man nun auf die Tätigkeit der ersteren das Hauptgewicht legt oder auf die des letzteren, d. h. in jener den rechtlichen Grund des Zwangs, die causa efficiens des Zwangsvergleichs erblickt oder in dieser, huldigt man dem Grundgedanken der Vertragstheorien oder dem der Urteilstheorie. Mit der Widerlegung der Vertragstheorien ist daher auch festgestellt, daß der Zwangsvergleich nicht schon durch das Zusammenwirken von Gemeinschuldner und Akkordgläubigern existent wird, folglich sein Rechtsgrund nur in der sogenannten Bestätigung des Konkursgerichts

zu suchen ist, womit ein indirekter Beweis für die Richtigkeit der Urteilstheorie erbracht ist, an den sich dann der positive direkte Beweis logisch anschließen kann.

Schließlich soll dargelegt werden, daß mit dem so gewonnenen Resultat, d. h. der Urteilstheorie, auch dasjenige Recht, das für unsere Konkursordnung vorbildlich gewesen war, nämlich das französische, übereinstimmt. Obgleich diese letzteren Ausführungen vielleicht besser an den Anfang unserer Ausführung gehörten, so wie es gewöhnlich auch geschieht, so sind sie hier aus einem methodischen Grunde an den Schluß gesetzt worden: Im französischen Recht nämlich steht die rechtliche Natur des Z.V.[5]) auch nicht fest, und daher wären schon hier zum Teil dieselben Auseinandersetzungen nötig gewesen, während eine solche Wiederholung vermieden werden kann, wenn die betreffende Materie, die ja auch nur subsidiäre Bedeutung hat, sich den Hauptausführungen anschließt.

[5]) Z.V. Abkürzung für Zwangsvergleich.

B. Abhandlung.

I. Abschnitt.

Kritik der einzelnen Theorien.

Es soll zunächst gezeigt werden, daß in der vor der gerichtlichen Bestätigung liegenden Tätigkeit des Gemeinschuldners und der Akkordgläubiger das Wesen des Z.V. nicht zu suchen ist, daß dies also nur in dem gerichtlichen Dekret als einem staatlichen Machtspruch liegen kann.

Vier scheinbar heterogene Elemente des Tatbestandes sind es, die das Zustandekommen des Z.V. charakterisieren:

1. Er ist ein juristischer Akt, der bis in die Einzelheiten durch ein gesetzliches Verfahren geregelt, der richterlichen Kontrolle, insbesondere einem staatshoheitlichen Machtspruche unterworfen ist, und damit ist die Verwandtschaft zum Urteil gegeben.

2. Zu gleicher Zeit aber wirken bei ihm eine Reihe von Personen mit, deren Zustimmung ebenfalls wesentlich ist: darin wird die Ähnlichkeit mit einem Vertrage gefunden.

3. Die Minorität der abwesenden, nicht zustimmenden oder widersprechenden Akkordgläubiger wird durch einen Akt gebunden, an dem sie sich nicht aktiv beteiligt, ja, gegen den sie sich gewehrt hat.

4. Einmal rechtskräftig geworden, kann der Z.V. nur noch aus ganz wenigen Gründen angefochten werden.

Danach wird nur jene Konstruktion die Probe bestehen, die diese auf den ersten Blick sich widersprechenden Elemente in sich vereinigt und erklärt, und darauf auch wird also in folgendem unser Augenmerk allein zu richten sein. Nicht der Inhalt oder die Wirkung des Z.V. sind problematisch, denn sie ergeben sich im wesentlichen klar und übersichtlich aus den Einzelbestimmungen des Gesetzes, und durch eine Definition, die uns lediglich über diese unterrichtet,[1]) ist für unsere Frage nichts gewonnen, da es sich hier nicht um eine ausführliche Darstellung des Inhaltes und der Wirkungen, sondern um die juristische Konstruktion des Institutes handelt.

[1]) Z. B. Birkmeyer, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 1904, S. 1056.

1. Kapitel.

Der Z.V. ist kein reiner zivilrechtlicher Vertrag,[1]) wenn es sich herausstellt:

1. daß ihm wesentliche Merkmale eines Vertrags fehlen (Kritik durch die Negation),

2. ihm vielmehr die Merkmale eines andern juristischen Gebildes, dessen Wesen im innern Gegensatze zum Vertrag steht, eigen sind. Hier wird zunächst nur die Kritik nach dem ersten Gesichtspunkte erfolgen, da sie sich aus dem zweiten Gesichtspunkte in den späteren Ausführungen von selbst ergibt.

Das BGB. hat verschiedene Streitfragen in bezug auf das Wesen des Vertrages, insbesondere des Zeitpunktes der Perfektion, durch klare Bestimmungen beseitigt und so den Begriff desselben scharf umrissen. In den §§ 104 ff. sind die allgemeinen Merkmale und Erfordernisse eines jeden Rechtsgeschäfts nach der negativen und positiven Seite festgelegt, in den §§ 145 ff. diejenigen eines jeden Vertrags gegeben. Diese Voraussetzungen müssen also überall vorhanden sein, wenn die Entstehung eines Vertrages möglich sein soll, weil sie den Begriff eines solchen konstituieren, also zwingender Natur sind. Zu diesen allgemeinen Erfordernissen treten dann noch die besonderen Merkmale der einzelnen Vertragstypen, die, weil sie wiederum zum besonderen Begriff solcher besonderen Verträge gehören, insoweit auch nicht fehlen dürfen. Danach müssen z. B. bei einem Vergleich nach § 779 BGB. sowohl die oben erwähnten allgemeinen Merkmale, als auch die in § 779 angegebenen spezifischen Merkmale vorliegen. So müßte es auch beim Z.V. sein. Finden sich nicht alle wesentlichen allgemeinen Merkmale eines Vertrags überhaupt vor und die besonderen eines bestimmten Vertrages, so darf er mit einem solchen trotz sonstiger bestechender Ähnlichkeiten nicht identisch erklärt werden.

Prüfen wir nun an dieser festen Richtschnur die Natur des Z.V., so müssen wir die Konstruktion eines zivilen Vertrages abweisen, denn mit dieser ist unvereinbar:

---

[1]) Von den Vertretern der Zivilvertragstheorien erklären dann wieder die einen den Zwangsvergleich als wahren Vergleich nach § 779 BGB. (so Angerer, S. 22; Planck, Vorbem. I zu § 779 BGB.; Oertmann, Vorbem. 3 zu § 779 BGB.; Dernburg, Bürgerl. Recht II, § 203, VI; Löhr, S. 389, die meisten dagegen für einen einfachen Erlaßvertrag (Zwangsnachlaßvertrag), so Petersen-Kleinfeller (3. Aufl.), S. 488 unter 3.

A. Die Bindung der Minorität durch die Majorität der Akkordgläubiger: § 193 KO.

B. Die beschränkte Anfechtbarkeit und Nichtigkeit des angeblichen Z.V.-Vertrages nach rechtskräftiger Bestätigung: § 195—197 KO.

C. Sonstige Eigentümlichkeiten, die dem Z.V. charakteristisch sind.

A.

Wäre der Z.V. ein Vertrag, so würde die Minderheit durch den Vertragswillen der Mehrheit gebunden.

Den Grund dieser gesetzlichen Bestimmung vom Standpunkt der Vertragstheorie zu finden, ist ein Problem, das die Anhänger dieser Theorie bis jetzt, trotz der verschiedensten Versuche, nicht haben lösen können.

Die ältere gemeinrechtliche Theorie erklärte einfach: Die Minderheit wird durch die Mehrheit zum Vertragsschluß gezwungen. Einfacher, nackter Zwang sei die Ursache dieser Bindung. Auf diese allem Vertragsrecht sonst widersprechende Eigentümlichkeit hat, wie schon erwähnt, zuerst Schultze[2]) bis jetzt unwiderlegt[3]) hingewiesen und hervorgehoben, daß es eine exorbitante Ausnahme von dem Fundamentalgrundsatze, daß der Vertrag nur das Produkt eines Vertragswillens sein kann, bedeuten würde, wenn auf der einen Seite eine Mehrheit von Kontrahenten eine Minderheit, welche nicht kontrahieren will, zum Vertragsschluß zwingen könnte, und daß hierdurch „einer gewissen Mehrheit von Gläubigern eine singuläre Disposition über fremdes Vermögen eingeräumt würde". Wenn der Z.V. Vertrag und nur Vertrag sein soll, wenn auf der einen Seite sämtliche nicht bevorrechtigten Gläubiger Kontrahenten sein sollen, so muß bei ihnen allen der Wille, den Vertrag einzugehen, vorhanden sein. Denn einen Vertrag schafft nur übereinstimmender Wille. Ein fingierter, ein ergänzter Wille von ausdrücklich Widersprechenden ist kein Wille und die Annahme eines Vertrages mit solchen ist eine contradictio in adjecto und alles andere eher als eine Konstruktion; und ebenso verhält es sich mit einem erzwungenen Willen, wenn es nicht zu einem nachweisbaren Wollen des Gezwungenen kommt, wovon hier nicht die Rede sein kann. Auf jeden Fall ist eine ausdrückliche oder still-

[2]) Deutsches Konkursrecht, S. 114; Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. 25, S. 350.

[3]) Löhr, S. 338.

schweigende Willenserklärung notwendig, damit der Vertrag zustande kommt; niemals aber hat der mitgewollt, dessen ausdrücklicher Dissens zu dem Willen anderer einfach niedergerungen wird.

Aus den Bestimmungen des römischen Rechtes über den Z.V. läßt sich ein solcher Zwang zu einem Vertragsabschlusse nicht nachweisen.[4]) Aber selbst wenn das römische Recht etwas dafür beweisen würde, so wäre dies noch nicht entscheidend, denn im Kampf mit dem historischen Recht siegt das geltende Recht. Mit den Bestimmungen über den Vertrag aber, wie sie das BGB. enthält, ist eine solche Annahme und Erklärung schlechterdings unvereinbar.[5]) Denn dort ist der Zwang als ein Anfechtungsgrund, als ein Vernichtbarkeitsgrund, gegeben. Gewiß kann der Schein eines Vertrags trotz angewandten Zwanges vorliegen und bleibt, wenn der Anfechtungsberechtigte von seinem Rechte keinen Gebrauch macht, wirksam, aber d. h. nicht, daß das Gesetz Verträge trotz angewandten Zwanges für vollgültig anerkennt. Daß der Zwangsvergleichsvertrag trotz des Zwanges entstehen und auch fortbestehen könnte, falls die Dissentienten von ihrem Anfechtungsrecht keinen Gebrauch machen würden, wäre nichts Besonderes; daß sie aber den erzwungenen Vertrag überhaupt nicht anfechten können, das ist die allem Vertragsrecht entgegenstehende, unerklärliche und ohne Analogie dastehende Ausnahme.

Seitdem nun Schultze[6]) diesen eklatanten Widerspruch hervorgehoben hat, haben die Anhänger der Vertragstheorie sich denn auch bemüht, diese Bindung der Minorität durch die Mehrheit auf andere Weise zu erklären, das Faktum des nackten Zwanges, wie es tatsächlich nach der Vertragstheorie auf die Nichtzustimmenden ausgeübt wird, zu verhüllen, in eine annehmbarere Form zu kleiden, durch Heranziehung von analogen Rechtstypen den springenden Punkt zu verschieben und unsichtbar zu machen. Die verschiedenen Auswege, die sich hier vorfinden, lassen sich in der Hauptsache unter vier Gesichtspunkten gruppieren:

I. Die Organisationstheorien[7]): Der Beschluß der Versammlung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger als des Organes

---

[4]) Vgl. Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 121 ff.

[5]) Vgl. auch O. Fischer und L. Schaefer, Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (1. Aufl., S. 28—32; 2. Aufl., S. 319.

[6]) Deutsches Konkursrecht, S. 114; Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 25, S. 350 ff.

[7]) Die Bezeichnung als solche steht im Zusammenhang mit dem Grundgedanken dieser Theorien.

der letzteren ist eine einheitliche Willenserklärung und daher die Minorität daran gebunden.

II. Der Gesichtspunkt der gesetzlichen Vertretung oder der Zwangsvertretung.

III. Als Vertrag zu Lasten der Minorität.

IV. Das Kontumazialprinzip.

I.

Die Organisationstheorien.

Ihre gemeinsamen Grundgedanken sind folgende:

Der Z.V. ist ein zivilrechtlicher Gesamtheitsvertrag, ein einziger Vertrag. Die Gesamtheit der Gläubiger, zunächst aller Konkursgläubiger, wird als eine Einheit konstruiert. Diese Einheit des „Gläubigerkorps" handelt und äußert ihren Willen einheitlich durch die Gläubigerversammlung als ihr Organ. Eine solche Einheit stellt aber nicht nur die Gesamtheit aller Konkursgläubiger, sondern auch die Gesamtheit der nicht privilegierten Konkursgläubiger dar. Deren Organ ist die Versammlung der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger. Im Abstimmungstermin über den Z.V. wird durch Majoritätsbeschluß dieses Organs die Annahme des Vorschlags seitens des Gemeinschuldners erklärt. Dieser Beschluß ist die Kundgebung des einheitlichen Willens der vorrechtslosen Gläubiger durch ihr Organ und daher auch die Minorität daran gebunden. Somit ist der Z.V. ein einziger zivilrechtlicher Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner als dem einen und der organisierten Gesamtheit der vorrechtslosen Gläubiger als dem anderen Teile. Diese Gläubigereinheit wird nun aber wieder verschieden aufgefaßt:

a) Als juristische Person oder mindestens als ein von den einzelnen Gläubigern verschiedenes Rechtssubjekt.[8])

b) Als Gemeinschaft irgendwelcher Art: Communio incidens (Gemeinschaft nach Bruchteilen), Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft) und schließlich ein genossenschaftliches Gebilde, aber

---

[8]) So v. Canstein, Zeitschr. für privates und öffentliches Recht, Bd. 9, S. 466ff. Er unterscheidet zwar zwischen jur. Person und Rechtssubjekt; dem Wesen nach ist das aber entweder dasselbe oder überhaupt ein unklarer Begriff, vgl. weiter unten. Das gleiche gilt von Fiori, Die Gläubigerversammlung nach schweiz. Konkursrecht (Zürich 1905), S. 29, 31ff., der von einem Organ einer nicht physischen Person spricht; die herrschende Anschauung der französ. Literatur vgl. Lyon-Caen-Renault, Traité du droit commercial, VII, No. 556, not. 4: La masse des créanciers, l'unité morale; ferner Günther, Der Konkurs der Gläubiger nach gemeinem deutschen Rechte (in seinen zwei ersten Auflagen).

immer als eine privatrechtliche, materiellrechtliche Gemeinschaft.[9]) Besonders aber wird eine solche Privatrechtsgemeinschaft behauptet in den Motiven zur deutschen Konkursordnung.[10]) Von ihnen wird mittelst dieser Gemeinschaft die Bindung der Minorität so erklärt: „Weil das gleiche Recht aller bedenklich gefährdet ist, wenn ein einzelner Gläubiger eigensinnig oder eigensüchtig sein Interesse auf Grund formalen Rechtes durchsetzen kann, so müssen die Beschlüsse der Mehrheit die Minderheit binden." Und S. 392 heißt es weiter: „Wo einzelne Personen ihre Rechte selbständig ausüben, gilt allerdings keine Mehrheit von Stimmen. Aber die Konkursgläubiger

[9]) So die ältere gemeinrechtliche Theorie, insbesondere die ältere italienische und die Prozeß- und Pandektenliteratur. Vgl. z. B. Bayer, Konkurs, § 37—39; Windscheid, Pandekten (8. Aufl.), II, § 358 unter b und § 275,2; Regelsberger, Pandekten I, § 171 zu Note 4; Arndts Pandekten, § 233 u. § 327; Fuchs, Das Konkursverfahren (1863), § 19, S. 76ff.; Schweppe, System des Konkurses der Gläubiger, Göttingen 1824, § 19ff.; v. Völderndorff, Konkursordnung für das Deutsche Reich, Erlangen 1879, (für die lex lata) II, S 527ff., während er sich theoretisch auf den Standpunkt der Urteilstheorie stellt; Stieglitz, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Tübingen 1879, S. 616; Dr. v. Sarwey, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich, Berlin 1879; Kori, System des Konkursprozesses 1828; Schmidt, Zivilprozeß, Bd. 3, S. 268 usw.

In der neueren Literatur: v. Sarwey-Bossert, Vorbem., (4. Aufl.), S. 440: „Gemeinsames Interesse"; Meyer, Konkursordnung, S. 264; Wolff, Kommentar zur Konkursordnung, S. 384, Anm. 2; L. Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, § 53 unter 4, S. 406ff., besonders auch S. 408; A. Wach, Handbuch des Zivilprozesses I, § 6 Note 21, S. 51 u. S. 61, besonders § 51, S. 590; F. Wach (Sohn des vorigen), Der Zwangsvergleich, S. 78ff.; Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, (4. Aufl.), Bd. II, §§ 124, Note 2 und Bürgerl. Recht II, § 202 unter VI; Meves, Die Konkursordnung S. 170; Daubenspeck, Vorbereitungsdienst (1900), S. 362; Rocco, Il concordato nel fallimento e prima del fallimento, Turino 1902, S. 94ff.; vgl. hierzu die Kritiken von Kohler in Zeitschrift für Zivilprozeß, Bd. 30, S. 553; von Kisch in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 53, S. 244ff., sowie von Petimesas, Der Zwangsvergleich, S. 48ff.; Scheelhas, S. 172; Angerer, Der Vergleich (1902), S. 25; Schopper, Die Wirkungen des Zwangsvergleichs (Leipzig 1903), an verschiedenen Stellen, z. B. S. 2 u. S. 34; (allerdings ohne nähere Begründung, da ihm die Materie zu bestritten erscheint). Koch: Der preußische Zivilprozeß, §§ 445, 446ff. Pardessus, Cours de droit commercial III, Nr. 1232, 1233, 1237 am Ende; Hoechster, Manuel de droit commercial, S. 789; Wilmowsky, Kommentar zur Konkursordnung, fortgesetzt von K. u. A. Kurlbaum u. Kühne, 6. Aufl., S. 469, Anm. 2 (während diese neueste Auflage sich auf den Standpunkt des zivilrechtlichen Vertrags stellt, hat sich Wilmowsky in allen früheren Auflagen mit kleinen Abweichungen zur Urteilstheorie bekannt, vgl. z. B. 4. Aufl., § 160, S. 426, Nr. 2.

[10]) Motive S. 18, Hahn, Bd. 4, S. 47. (Die Motive sind hier zunächst nach den Reichstags-Drucksachen, II. Legislaturperiode und dann noch nach der Ausgabe von Hahn, die übrigens überall die Seitenzahlen der Originale angibt, zitiert.)

bleiben nicht einzeln mit ihren Rechten; der Konkursanspruch aller bringt sie in eine rechtliche Gemeinschaft, und zwingende Mehrheitsbeschlüsse einer solchen finden selbst im formalen Rechte ihre Geltung."

Betrachtet man diese so mannigfaltigen Ansichten näher, so bemerkt man, daß nicht bloß alle Gemeinschaftsverhältnisse des BGB., sondern überhaupt alle möglichen Einheitsgebilde juristischer Natur haben herhalten müssen, um die Konkursgläubiger in ihrem Verhältnis zueinander, zu einer „Gläubigerschaft" zu verdichten, um diese „Gesamtheit" dann zu Nutzen und Frommen der Vertragstheorie zu verwerten. Das Ziel aber aller Anhänger dieser Theorie ist: die Erzeugung eines einheitlichen Willens darzutun und somit das Rätsel des Majoritätsprinzips und des Majoritätszwangs zu lösen.[11]) Nur über die Art dieser organisierten privatrechtlichen Gemeinschaft, die zwischen den Konkursgläubigern bestehen soll, herrscht Verschiedenheit.

Wir stellen nun hier zur Widerlegung der hier in Betracht kommenden allen Anhängern des Gesamtheitsvertrags gemeinsamen Grundgedanken folgende Sätze auf:

1. Zwischen den Konkursgläubigern besteht überhaupt kein privatrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

2. Selbst wenn eine solche Gemeinschaft bestände, so ist die Gläubigerversammlung nicht „Organ" dieser Gemeinschaft im Sinne der Organisationstheorien.

3. Ja, auch wenn sie Organ wäre, so hätte sie keinesfalls Dispositions-, sondern bloß Instruktionsbefugnisse.

4. Die vorigen Sätze gelten erst recht für die Gesamtheit der Akkordgläubiger bzw. deren Versammlung.

1.

Zwischen den Konkursgläubigern besteht überhaupt keine Gemeinschaft privatrechtlicher Art.

Ist dies richtig, so fällt auch die Grundlage und der Ausgangspunkt aller gegnerischen Theorien.

Um hier klar sehen zu können, ist zunächst Umschau zu halten nach den privatrechtlich überhaupt möglichen Gemeinschaften.

Eine Gemeinschaft ist nur dann vorhanden, wenn mehreren ein Recht gemeinschaftlich zusteht (741 BGB.).

---

[11]) Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, S. 408, der in typischer Weise diesen Versuch macht.

Erforderlich ist also objektiv dasselbe Recht und subjektiv Gemeinschaftlichkeit dieses selben Rechts für mehrere Personen, d. h. mehrere Personen treten in rechtliche Verbindung zueinander.

Die Verschiedenheit der Gemeinschaft kann nun beruhen

a) auf der Verschiedenheit des objektiven Erfordernisses: des Rechtes, z. B. gemeinschaftlicher Nießbrauch, Miteigentum, Pfandrecht, Anfechtungsrecht usw.

b) auf der Verschiedenheit des Entstehungsgrundes: durch Vertrag, z. B. Gesellschaft oder einfach durch Gesetz: Communio incidens.

c) nach der Verschiedenheit des subjektiven Erfordernisses der Gemeinschaftlichkeit, d. h. nach dem Verhältnis, in dem die Personen, die dasselbe Recht haben, zueinander stehen, insbesondere durch die Art der gemeinschaftlichen Ausübung ihres Rechtes, d. h. durch die Art der Verwaltungsbefugnis über das gemeinsame Recht.

Diese Verschiedenheit allein begründet einen begrifflichen Unterschied zwischen den einzelnen Gemeinschaften. Danach unterscheidet man:

α) Die Gemeinschaft nach Bruchteilen BGB. § 749 (die römische Communio): das gemeinschaftliche Vermögen wird verwaltet durch die einzelnen Personen als solche, d. h., es herrscht keine Verwaltungsgemeinschaft, sondern Verwaltungs- und Verfügungsrecht steht den einzelnen Rechtssubjekten allein zu.

β) Die Gemeinschaft zur gesamten Hand (deutschrechtlich): Das gemeinschaftliche Vermögen wird ebenfalls durch die Mitglieder als solche verwaltet, aber nicht in getrennter Verwaltung: Vermögensgemeinschaft mit Verwaltungsgemeinschaft.

Keine Gemeinschaft dagegen ist die juristische Person, denn es fehlt an den mehreren Personen, die Träger des Rechtes sein müssen, da bei der juristischen Person eine über den Mitgliedern stehende dritte Person allein Träger von Rechten und Pflichten ist. Bei ihr herrscht nur wirtschaftlich eine Vermögensgemeinschaft.

Der nicht rechtsfähige Verein stellt ebenfalls keine besondere von dem unter α) und β) begrifflich verschiedene Gemeinschaft dar. Er ist nach heutigem Recht nach Gesellschaftsrecht zu beurteilen, ist also, falls gemeinschaftliches Vermögen da ist, wie die Gesellschaft eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, bildet also keinen neuen Gemeinschaftstypus, ebensowenig als es noch im geltenden Recht ein Gebilde gibt nach Art des von A. Wach definierten Personenvereins".[12]) Alle die Personenvereine, die nicht juristische

[12]) Handbuch I, S. 590.

Personen sind, faßt das BGB. unter dem Begriff der nicht rechtsfähigen Vereine zusammen und unterstellt sie dem Gesellschaftsrecht (BGB.) § 54) und damit, wie das Gesellschaftsvermögen, so auch das etwaige Vereinsvermögen den Regeln über die Gemeinschaft zur gesamten Hand. Somit ist schon das Wort „Personengemeinschaft" ein verwirrender, dem BGB. unbekannter Begriff, denn es gibt nur Gemeinschaft eines Rechtes, „Rechtsgemeinschaften" und Personenvereine. Das Charakteristikum des nicht rechtsfähigen Vereins liegt also nicht in dessen Eigenschaft als einer besonderen Gemeinschaftsbildung[13]), sondern einfach in seiner körperschaftlichen Gestaltung, in seiner äußern, scheinbar der der juristischen Person gleichgearteten Organisation. Daß aber seine sogenannten Organe wesentlich von den Organen der juristischen Person verschieden sind, soll bei Ausführung unseres zweiten Satzes noch näher gezeigt werden. Hier sollte nur festgestellt werden, daß die angebliche Gemeinschaft (Personengemeinschaft) der Konkursgläubiger nur sein könnte:

a) eine Gemeinschaft nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand,

b) eine juristische Person.

Nun aber ist die Gesamtheit der Konkursgläubiger weder das eine noch das andere.

a) Keine juristische Person:

Die Ansicht, daß die Gläubigerschaft oder die Konkursmasse eine juristische Person bilden, kann wohl nicht mehr ernst genommen werden. Wie man sich auch das Wesen der juristischen Person vorstellen mag, eines läßt sich nicht verkennen, daß in der Annahme einer juristischen Person die Existenz eines neuen, bis zur Existenz derselben nicht vorhandenen, von dem bis dahin existierenden Vermögen verschiedenen, mehr oder minder selbständigen Vermögens gesetzt wird, oder um sich der Casteinschen Ausdrucksweise zu bedienen, wenn die Gläubigerschaft als Personengemeinschaft Rechtssubjekt wäre, so wäre durch den Konkurs ein bis dahin nie gewesenes, von den einzelnen Gläubigern verschiedenes Rechtssubjekt in die Erscheinung getreten. Von einem neuen Vermögen mit irgendwelcher selbständigen Existenz oder von einem neuen Rechtssubjekt ist aber im Konkurse nichts zu entdecken.[14]) Vielmehr bleiben die Konkurs-

---

[13]) Denn es gibt nur Gemeinschaften nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand, zu welch letzteren auch der nicht rechtsfähige Verein gehört.

[14]) Seuffert, Zur Geschichte u. Dogm. des deutschen Konkursrechtes; vgl. auch RGE. LIII, S. 352 a. a. O. S. 83 u. 180.

forderungen auch während des Konkurses Bestandteile des Vermögens der einzelnen Gläubiger, ja, es ist überhaupt, wie weiter unten (vgl. unter b) gleich gezeigt werden soll, kein gemeinschaftliches Vermögen vorhanden, kein Sondervermögen da, und selbst, wenn ein solches gemeinschaftliches Vermögen da wäre, so ist Träger desselben nicht ein neues Rechtssubjekt, sondern die einzelnen Gläubiger.[15]) Und wo läge denn der dauernde Zweck einer solchen Einheit[16]), welches ist ihr Name, wo ist das Statut der juristischen Person[17]), die ja nach Zivilrecht überhaupt nur durch Eintragung oder staatliche Verleihung entstehen könnte? Daß also die Gläubigerschaft eine juristische Person darstellen könnte, ist unbedingt ausgeschlossen und wird direkt auch nicht mehr behauptet. Dagegen wird von verschiedenen Autoren die Gläubigerschaft unter den Begriff eines einheitlichen Rechtssubjektes gebracht, das durch seine Organe (Konkursverwalter, Gläubigerversammlung, Gläubigerausschuß) vertreten wird.[18])[19]) Dieses Rechtssubjekt sei nicht eine juristische Person, sondern ähnlich einer Handelsgesellschaft, einer Erwerbs- oder Wirtschaftsgenossenschaft und insbesondere ähnlich der Gesamtheit der Mitglieder oder dem Vermögen einer aufgelösten Aktiengesellschaft, soll sich von der juristischen Person dadurch wesentlich unterscheiden, daß hier zugleich sowohl die Personengesamtheit, als auch deren Sondervermögen und die einzelnen Mitglieder dieser Personengesamtheit (letztere nach bestimmten Verhältnissen) als berechtigte und verpflichtete Rechtssubjekte erscheinen, sowie daß diese Personengesamtheit ihren eigenen Willen habe und daher nicht einer gesetzlichen Vertretung bedürfe, sondern durch Bevollmächtigte vertreten werde, während bei der Korporation bloß die ideelle Gesamtheit der die Korporation bildenden physischen Personen und bei den als juristische Personen er-

---

[15]) Natürlich nur des Passivvermögens, während der Schuldner Eigentümer der Konkursmasse bleibt (vgl. weiter unten), folglich diese nicht selbst Rechtssubjekt wird, sondern Rechtsobjekt bleibt, vgl. Seichter, Die Gläubigerschaft im Konkurse, S. 36, Anm. 6.

[16]) Vgl. Motive 18, Hahn, 4. Bd., S. 47.

[17]) Kohler, Lehrbuch, S. 370ff.; Leitfaden S. 203ff.; Archiv f. ziv. Praxis 81, S. 341.

[18]) Canstein in Grünhuts Zeitschrift f. priv. u. öffentl. Recht, Bd. IX, S. 466ff.; Fiori, vgl. oben S. 17, Anm. 8, der sich aber schon etwas weiter von dem Begriff der jur. Person entfernt. Als eben solches Rechtssubjekt wird auch die Konkursmasse gedacht.

[19]) Auch die herrschende Anschauung in der französ. Literatur (vgl. Abschnitt 3 der Abhandlung).

scheinenden Sachgesamtheiten bloß die ideelle Gesamtheit der Sachen — welche übrigens nicht als Vermögen eines andern Rechtssubjektes erscheinen, sondern sich gleichsam selbst angehören (!?) — als Rechtssubjekt erscheine, welches überdies willenlos sei und daher einer gesetzlichen Vertretung bedürfe.[20]) Danach unterscheidet also von Canstein drei verschiedene Rechtssubjekte (die einzelnen Gläubiger, die Gläubigerschaft, und deren angebliches Sondervermögen) mit je einem eigenen Willen. Die Organe sind ihm Bevollmächtigte (nicht wie bei der juristischen Person gesetzliche Vertreter). Man sieht: hier watet man sozusagen in einem Wust von Begriffen und Verwirrung, und die ganze Konstruktion einer derartigen Personengesamtheit mit Sondervermögen als ein gedachtes Rechtssubjekt wird mit Recht als eine durchaus unklare, komplizierte und künstliche bezeichnet.[21]) Denn gerade die Organe beweisen die Willenlosigkeit und umgekehrt die Vollmacht den natürlichen Willen eines Vollmachtgebers, also eine natürliche Person als solchen. Die Gläubigerschaft soll als Rechtssubjekt nach Canstein nur gedacht werden. Die eigentlichen — jedoch nur mittelbar berechtigten und verpflichteten — Subjekte sollen nach Canstein die einzelnen Gläubiger sein. Dann ist es aber unmöglich, daß auch das gedachte Rechtssubjekt (die Gläubigerschaft) einen eigenen Willen besitze und ihn durch Majoritätsbeschluß äußere, was Canstein ebenfalls behauptet.[22]) Da die Gläubiger nach außen aber oft als unmittelbare Rechtssubjekte der Rechtsverhältnisse dieser Personengesamtheit auftreten sollen, so müßten also in ein und demselben Rechtsverhältnis unmittelbar und zugleich zwei Rechtssubjekte stehen und zwar in derselben rechtlichen Rolle.[23]) Cansteins Konstruktion enthält somit die versteckte Behauptung, daß die Gläubigerschaft eine juristische Person sei, d. h. selbständiger Träger von Rechten und Pflichten, oder daß es noch rechtsfähige Vereine gäbe, die nicht zugleich juristische Personen seien. Die erstere Annahme haben wir oben widerlegt und Canstein selbst weist sie zurück, die letztere Annahme verstößt aber direkt gegen das geltende Recht und führt zu Verwirrung. Rechts-

---

[20]) Canstein a. a. O. S. 466.

[21]) Vgl. Seuffert, Zur Geschichte und Dogmatik des deutsches Konkursrechtes, S. 83, obschon Seuffert selbst in seinem Lehrbuch S. 408 ebenfalls ein unklares Gebilde (organisierte Gemeinschaft) aufstellt; Petersen, Zeitschr. f. d. Zivilprozeß, Bd. 9, S. 26; Seichter, Die Gläubigerschaft im Konkurse, S. 42; Potyka in Goldschmidt, Bd. 70, S. 516; Pasquay, ebenda Bd. 65, S. 426.

[22]) S. 483, danach wäre die Konkursmasse sowohl Rechtssubjekt als Rechtsobjekt.

[23]) Vgl. Seichter, Gläubigerschaft im Konkurse, S. 42.

fähiger Verein und juristische Person ist ein und dasselbe. Ein Zwischending zwischen juristischer Person und nicht rechtsfähigem Verein gibt es nicht im BGB. Wenn also Canstein oder Wach[24]) ein Zwischengebilde in die Zwangsvergleichskonstruktion einführen, so haben sie damit das positive Recht gegen sich.

Resultat: Der nebelhafte Begriff von einer „Gläubigerschaft", „Gläubigerkorps", „Genossenschaft", Personengesamtheit", „universitas iuris", „moralischer Person" usw., unter welchen die Gesamtheit der Gläubiger jeweils gebracht wird, kann sonach bei Lichte des geltenden Rechtes betrachtet als Gesamtheit[25]) nur sein entweder eine gewöhnliche privatrechtliche Gemeinschaft (nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand), oder aber bloß eine einfache Interessengemeinschaft, die durch ein privatrechtliches Band unter sich zu einer Gesamtheit verknüpft ist.

b) Aber auch in einem privatrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis stehen die Konkursgläubiger nicht zueinander. Vor allen fehlt dieser angeblichen Gemeinschaft hierzu das objektive Erfordernis jeder Gemeinschaft: das gemeinschaftliche Recht.

Es kann nun hier nicht die Aufgabe sein, die Unrichtigkeit all der Theorien, von denen jede ein anderes Recht als das gemeinschaftliche in Anspruch nimmt, erschöpfend zu widerlegen. Einmal haben mehrere Schriftsteller, insbesondere Schultze[26]) und aufs ausführlichste Seichter[27]) die in der Literatur behaupteten Konstruktionen eines solchen gemeinsamen Rechtes der Gläubigerschaft, sei es als Konkursanspruch oder als Eigentumsrecht, als Verwaltungs- oder Verfügungsrecht über die Masse, als Pfandrecht oder als Anfechtungsrecht auf das beste widerlegt.[28])

---

[24]) Fiori, Die Gläubigerversammlung im schweizerischen Konkursrecht, S. 18 u. 24, konstruiert sogar einen „rechtsfähigen" nicht eingetragenen Verein ohne juristische Persönlichkeit.

[25]) D. h. wenn man die Konkursgläubiger einfach rechtlich gar nicht miteinander verknüpft ansieht.

[26]) Deutsches Konkursrecht, 1. Abschnitt, S. 10ff. u. in der Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 26, S. 345, sowie in den Vorlesungen § 10, II.

[27]) Seichter hat in umfassender und gründlicher Weise dargetan, daß die Anschauung von Schultze von einer bloßen Interessengemeinschaft unter den Konkursgläubigern richtig ist.

[28]) Wenn Seichter an anderen Orten, S. 9, die Entscheidung, ob eine Gemeinschaft besteht, davon abhängig macht, daß dieselbe durch den Konkurs Rechte oder Pflichten erwirbt, die von denen der einzelnen Gläubiger verschieden sind, so wäre dieses Merkmal nur von Bedeutung für die Frage, ob die Gläubigerschaft ein eigenes

Ein schlagender Beweis gegen alle diese Konstruktionen liegt in der großen Verschiedenheit und Zahl der behaupteten gemeinschaftlichen Rechte, in dem verwirrenden Knäuel von Behauptungen und Vorstellungen auf diesem Gebiete.

Ferner hat Schultze mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß unsere Konkursordnung mit der sowohl in dem gemeinen als auch in den Partikularrechten herrschenden Sukzessionstheorie und den daran sich knüpfenden Vorstellungen einer durch den Konkurs erzeugten materiellen Rechtsgemeinschaft unter den Konkursgläubigern gebrochen hat, und daß ferner alle diese Irrtümer konsequent sich aus der irrigen Auffassung der letzten und alleinigen Grundlage des gesamten Konkursrechts, nämlich des Konkursanspruchs ergeben und mit der Definition dieses letzteren auch hinfällig werden.[29])

Die dogmenhistorischen Gesichtspunkte, die die Anhänger solcher Konstruktionen ins Feld führen, sind aber ebenfalls nicht ausschlaggebend. Denn weder läßt sich aus dem römischen noch gemeinen Recht ein solches gemeinsames Recht nachweisen.[30]) Insbesondere aber kann für das Konkursrecht überhaupt „dem Studium der römischen Rechtsquellen in dem gleichen Umfange eine unmittelbare, praktische, positive und negative Bedeutung nicht beigemessen werden, denn der Konkurs in seiner heutigen Gestalt ist eine wesentlich neuere Rechtsbildung".[31])

Rechtssubjekt, eine juristische Person sei, nicht aber schon genügend für die Frage nach einer Gemeinschaft, denn eine solche könnte unter den Konkursgläubigern bestehen, auch ohne daß deren Gesamtheit Rechtssubjekt ist. Begrifflich notwendig ist nur, wie Seichter gleich hinzufügt, daß den einzelnen Gläubigern ein und dasselbe Recht gemeinschaftlich zusteht.

[29]) Deutsches Konkursrecht, S. 9ff.

[30]) Seichter, S. 10ff.

[31]) Daher können die römischen Rechtsquellen gerade für die Lehren des Konkurses nicht die gleiche Bedeutung haben wie etwa im Gebiet des Zivilrechtes und Zivilprozesses, so Schultze, Das deutsche Konkursrecht, Einleitung S. VIII; Seichter, S. 24, der treffend sagt: Das eigenartige Verhältnis zwischen der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung im normalen Prozeßgang und dem Konkursverfahren — im ersten Fall Beschränkung im Gegenstande (Spezialexekution) und Erleichterung im Betriebe (freier Zugriff mit Priorität für die Forderung in vollem Umfang), andererseits im Konkurs Erweiterung im Gegenstande (Generalexekution mit Ausschluß der späteren Gläubiger, aber auch des späteren Erwerbs) und Erschwerung im Betriebe (Verlust der selbständigen Verfügung über die Vollstreckungsmaßregeln, besondere gerichtlich festzustellende Voraussetzungen, ständige Mitwirkung des Gerichtes und gleichmäßig prozentuale Befriedigung) — dieses Verhältnis hat sich wesentlich als ein Produkt der neueren Rechtsbildung entwickelt. So auch R. Schmidt, Zeitschrift für den Zivilprozeß, Bd. XXIX, S. 543.

Aber auch unser geltendes Recht bietet zur Annahme einer solchen Gemeinschaft keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere ist festzuhalten, daß die einzelnen Konkursforderungen auch nach der Konkurseröffnung nach wie vor den einzelnen Gläubigern verbleiben und nur ihnen zustehen, daß alle Veränderungen und Ansprüche, die durch die Konkurseröffnung mit den Konkursforderungen eintreten, mittelbar durch das Bestehen und die Existenz dieser Forderungen bedingt sind, d. h. akzessorische Natur haben, und daher ebensowenig allen Konkursgläubigern gemeinschaftlich zustehen als die Konkursforderungen selbst. Dies gilt nun im einzelnen

α) Von dem Konkursanspruch[32]), d. h. dem Anspruch der Konkursgläubiger auf ausschließliche und gemeinschaftliche Befriedigung aus der Konkursmasse. Er wird begründet durch die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners, wird durch den Konkurseröffnungsbeschluß formell festgestellt und in dem Konkursverfahren realisiert. Dieser Konkursanspruch unterscheidet sich also von dem ursprünglichen obligatorischen Anspruch aus der dem Gläubiger zustehenden Forderung, der (nämlich der ursprüngliche Anspruch) ja bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners auf Befriedigung *schlechthin* geht, lediglich in der durch die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners notwendig gewordenen Modifikation des Befriedigungsrechtes, des Verwirklichungsrechtes. Es entsteht also kein neuer obligatorischer Anspruch, d. h. der Konkursanspruch ist zwar neu, aber kein neuer materiellrechtlicher Anspruch, sondern die jedem Konkursgläubiger zustehende Forderung ist ihrem Entstehungs*grunde* und ihrem Befriedigungs*grunde* nach identisch mit seiner Forderung nach der Konkurseröffnung und verwandelt sich nicht in einen andern gemeinschaftlichen materiell-obligatorischen Anspruch, sondern steht den einzelnen Gläubigern nur allein zu. Neu ist bloß der formale, durch die Gleichheit aller Gläubiger notwendig werdende Anspruch auf eine andere, nämlich eine gemeinsame, sich gegenseitig beschränkende Befriedigung der Forderung jedes einzelnen Gläubigers. Es ist ein Grundirrtum, wenn man aus dem Rechte auf gemeinschaftliche Befriedigung ein gemeinschaftliches Recht auf Befriedigung konstruiert.

---

[32]) Vgl. Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 11ff. u. Seichter, S. 27ff., wo ausführlich und scharfsinnig die rein prozessuale Natur des Konkursanspruches und die Unrichtigkeit der Behauptung, die Konkurseröffnung und der Konkursanspruch schaffe unter den Konkursgläubigern eine materielle Gemeinschaft, auf Grund der Schultzeschen Ausführungen weiter entwickelt wird.

Das sind zwei verschiedene Dinge.[33]) Das Befriedigungsrecht ist nicht ein selbständiges Recht, sondern lediglich etwas Sekundäres in der Konkursforderung, ein Akzessorium derselben. Dessen Veränderung bedeutet daher nur eine Veränderung der Konkursforderung, nicht die Begründung eines neuen, von der alten Forderung wesentlich verschiedenen Rechtes. „Von einer Gemeinschaft dieser Obligationen kann nicht gesprochen werden, vielmehr tritt die Individualität aller Forderungsrechte nirgends schärfer einander gegenüber als im Konkurse durch die Konkurrenz und Kollision eines jeden Gläubigers mit jedem."[34])

Mag man im übrigen den Konkursanspruch definieren wie man will: ein privatrechtliches obligatorisches Band wird durch dessen Entstehung und Feststellung nicht geschaffen,[35]) eine privatrechtliche Gemeinschaft nicht begründet.

β) Die Annahme einer Sukzession der Gläubigerschaft in das Konkursvermögen des Schuldners, das nunmehr Miteigentum der Konkursgläubiger werden soll,[36]) ist erst recht haltlos und kann auch als überwundener Standpunkt gelten.[37]) Sie steht in direktem Widerspruch mit § 1 Abs. 1, § 3, § 6 und § 14 Abs. 1 unserer Konkursordnung. Die Verfügungsbeschränkungen des Gemeinschuldners sind nicht Folge eines materiellen Rechtsverlustes, nämlich des Eigentums an der Konkursmasse, sondern dienen nur einer zweckmäßigen und gesicherten Realisierung des konkursmäßigen Befriedigungsanspruches (Konkursanspruches) aus der Masse.[38])

---

[33]) So auch Schultze, S. 14: „Offenbar hat der in § 2 KO. gebrauchte Ausdruck ‚gemeinschaftliche Befriedigung' in Verbindung mit den alten Sukzessions- und Kommunionsvorstellungen Veranlassung geben zu der unklaren Auffassung der Motive."

[34]) Vgl. Schultze, S. 13,14; Pasquay in Goldschmidts Zeitschr., Bd. 65, S. 429 ff. und Potyka in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 70, S. 515, Anm. 60.

[35]) Über den Widerspruch in den Motiven S. 14, 15, 18, über die irrtümliche Auffassung in der Literatur und zur Kritik derselben vgl. Seichter in seinem zitierten Werke, S. 28 ff., besonders Anm. 7, 8 u. 20.

[36]) So die frühere gemeinrechtliche Auffassung, z. B.: Bayer, S. 82, § 29.

[37]) Jaeger, § 3, Anm. 41; Seichter, S. 35; Schultze, S. 7, 13, 14. Seuffert, Konkursprozeßrecht, § 25, Nr. 1, mit der dort angegebenen Literatur; Hefftter, S. 644; Bayer, a. a. O., S. 83; Potyka in Goldschmidt's Zeitschrift, Bd. 70, S. 504.

[38]) Vgl. Schultze, S. 25 ff.; Fitting, S. 28 ff.; Jaeger, S. 19, § 1, Anm. 51; Seichter, S. 35.

γ) Aber ebensowenig erwerben die Konkursgläubiger ein dingliches Recht an der Konkursmasse derart, daß das Eigentum des Schuldners beschränkt wird, daß den Gläubigern das Verwaltungs- und Verfügungsrecht eingeräumt und der Verwalter es nicht im Namen der Gemeinschuldner, sondern in ihrem Namen ausübe.[39]) Vielmehr übt der Konkursverwalter lediglich die dem Gemeinschuldner aus dessen ihm verbliebenen Eigentum an der Konkursmasse erwachsende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis aus an dessen Stelle und in seinem Namen. Gemäß § 6 soll der Eigentümer nicht mehr persönlich *seine* Konkursmasse verwalten und darüber verfügen dürfen, nicht mehr selbständig seine Rechte ausüben; dagegen verliert er kein dingliches Recht an seinem Vermögen, d. h. an der Konkursmasse und geht kein solches an die Konkursgläubiger über.[40])

δ) Ebensowenig aber steht nach dem geltenden Konkursrecht den Konkursgläubigern ein gemeinsames Pfandrecht oder gemeinsames dingliches Beschlagsrecht an der Konkursmasse zu. Ersteres ist die Theorie Seufferts, letzteres behauptet Kohler.[41]) Im Rahmen dieser Arbeit können aber auch diese Theorien nicht einer erschöpfenden Kritik unterzogen werden. Ich betone nur folgendes:

Ein solches Pfandrecht oder pfandähnliches Recht setzt voraus, daß es an eine Forderung gebunden ist, denn die Natur des Pfandrechts ist eine wesentlich akzessorische, daß ferner Forderungsberechtigter und Pfandberechtigter sich decken (§ 1250 II BGB.). Wo ist nun die obligatorische Forderung, die der Gläubigerschaft als sol-

---

[39]) So Canstein bei Grünhut IX, S. 464f.

[40]) So Seichter, S. 39f.; Schultze, Konkursrecht, S. 27ff.; Potyka a. a. O., S. 513ff.; Wilmowsky 1889, S. 33; Wilm-Kurlbaum, S. 27; Petersen, Zeitschrift f. d. deutschen Zivilprozeß, Bd. IX, S. 34.

Anderer Meinung neben Canstein noch besonders Völdendorf (2. Aufl.), S. 40.

[41]) Seuffert, Konkursprozeß, S. 151ff.; Kohler, Lehrbuch, S. 99ff.; Leitfaden, S. 73; Archiv f. ziv. Praxis, Bd. 81, S. 329; Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 52, S. 432; ferner Fiori, S. 11f.; Becker, S. 49f.; v. Auffeß, Konkursrecht u. Konkursverfahren auf Grundlage des vom 1. Jan. 1900 ab geltenden Rechts, 1899, S. 125; v. Bar in Holtzendorffs Enzyklopädie, 5. Aufl., I, S. 847; Hellmann in Birkmeyers Enzyklopädie, S. 1058; siehe ferner die Literatur bei Seichter, Die Gläubigerschaft im Konkurs, S. 44, Anm. 1; für die Stellungnahme des gemeinen Rechts besonders Seuffert, Geschichte und Dogmatik, S. 71, Anm. 6 und Konkursprozeß, S. 152, Anm. 4; Heffter, § 538, Nr. 1, S. 652; Puchta, S. 17 u. S. 285, (Über den Konkursprozeß.)

[42]) Betreffs seiner Entstehung, Übertragung; kein Generalpfandrecht!

cher in ihrer Eigenschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand zusteht? Warum kann denn der einzelne Gläubiger über seine Forderung auch während des Konkursverfahrens verfügen, während dies doch der Gemeinschafter nach herrschender Ansicht bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand nicht kann, und warum erlöscht nach Seuffert in diesem Falle das angebliche Pfandrecht nicht?

Überhaupt widerspricht sowohl die Ansicht Seufferts als auch die Kohlers den positiven Bestimmungen des Gesetzes über das Pfandrecht,[42]) die Gemeinschaft zur gesamten Hand und findet auch in der Konkursordnung selbst keinerlei Stütze.[43])

Im übrigen wird hier ebenfalls auf die erschöpfende Behandlung aller dieser Gemeinschaftstheorien in Seichters Schrift: „Die Gläubigerschaft im Konkurse", verwiesen, wo in extenso insbesondere die Theorien Seufferts und Kohlers eine gründliche Widerlegung erfahren.

ε) Auch der von Jaeger[44]) neuerdings aufgestellten Theorie, wonach das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger der Grund einer solchen Gläubigergemeinschaft sein soll und zwar ebenfalls einer Gemeinschaft zur gesamten Hand, kann nicht beigepflichtet werden. Nach treffender Widerlegung der von Jaeger zugunsten seiner Anschauung angeführten Gründe[45]) führt dann Seichter auch hier eine Reihe von Momenten an, die Jaegers Ansicht direkt entgegenstehen.[46])

Dasselbe Moment, das nach meiner Ansicht die Haltlosigkeit dieser Gemeinschaftstheorien überhaupt dartut, entscheidet auch hier gegen Jaegers Aufstellung, nämlich:

„Ebenso wie das Anfechtungsrecht auf Grund des Anfechtungsgesetzes als ein zu der fälligen Forderung des einzelnen Gläubigers akzessorisches Recht anzusehen ist, so ist auch im Konkurse das Anfechtungsrecht ein Akzessorium zu der obligatorischen Konkursforde-

---

[43]) Seichter, S. 44ff., S. 63ff; ferner Schultze, Das deutsche Konkursrecht, Einleitung, S. 8, Motive, S. 15, 16; Petersen, Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 9, S. 34; Jaeger zu § 3, Anm. 42, Hellmann bei Birkmeyer, S. 1058, sowie die bei Seichter ausführlich zu den einzelnen Gegengründen angeführte Literatur; vgl. auch Pasquay in Goldschmidts Zeitschrift, Bd. 65, S. 420fg. u. Potyka a. a. O., S. 505ff.

[44]) Kommentar (II. Aufl.), § 3, Anm. 44; § 36, Anm. 4 und 1. Lieferung zur 3. Aufl., § 3, Anm. 14 und § 36, Anm. 4. Dagegen behandelt er in der ersten Auflage das Anfechtungsrecht im Konkurse als Einzelrecht.

[45]) S. 73ff.

[46]) S. 75ff.

rung des einzelnen Gläubigers[47]) und steht ferner jedem einzelnen Gläubiger kraft seines Konkursanspruches zu.[48])

Steht es somit fest, daß es kein gemeinsames Recht gibt, das eine Gläubigergemeinschaft konstituiert, so darf eine solche Gemeinschaft noch viel weniger auf einer gemeinschaftlichen Verpflichtung der Gläubiger im Konkurse aufgebaut werden, d. h. die Gläubigerschaft als angeblicher Träger von Verbindlichkeiten konstruiert werden.[49]) Eine solche Annahme ist schon mit dem Begriffe der Gemeinschaft unvereinbar, denn nach § 741 BGB. kann nur ein gemeinschaftliches Recht, nicht auch eine gemeinschaftliche Pflicht eine Gemeinschaft begründen. Ferner setzen solche gemeinschaftliche Verbindlichkeiten Rechte voraus, die hier aber nicht existieren.[50])

2.

Keinesfalls ist die Gläubigerversammlung „Organ" der Konkursgläubiger im Sinne der „Organisationstheorien".

Die vorigen Ausführungen ergeben, daß die Gesamtheit der Konkursgläubiger kein selbständiges Rechtssubjekt bildet, ja nicht einmal eine Gemeinschaft, daß folglich Träger aller etwaigen Rechte und Pflichten der Konkursgläubiger diese einzeln sind und deshalb der von ihnen zum Ausdruck gebrachte Wille zwecks Wahrnehmung ihrer Rechte niemals Einheitswille, ein Wille ist, sondern eine Mehrheit von Einzelwillen, eine Summierung von Willen sein muß. In der Behauptung eines solchen Einheitswillens also steckt der Grundfehler aller Theorien, welche auf diesen Kollektivwillen ihren Gesamtheitsvertrag aufbauen. Der Gedanke eines allen Gläubigern gemeinschaftlichen Rechts soll die Gläubiger objektiv, in dem Objekt ihrer Rechte zusammenfassen. Die Träger dieses Rechts werden durch Einführung des Begriffs des „Organs" zu einer Einheit konstruiert, und so wird der objektiven Einheit (Gemeinschaft) die subjektive Einheit (Organ) an die Seite gestellt. Der Gemeinschaftsgedanke hätte nicht genügt (wie z. B. Kohler beweist) und ist andererseits auch nicht erforderlich. Die Schaffung eines Organs in der Gläubigerversamm-

---

[47]) Seichter, S. 78; Petersen-Kleinfeller, § 36, Anm. 1, § 29, Anm. 1; Pasquay, a. a. O., Bd. 65, S. 427ff.

[48]) Vgl. Schultze, Konkursrecht, S. 64ff., besonders S. 67ff.

[49]) Seichter, vgl. dessen Ausführungen, S. 81ff.

[50]) Seichter, S. 83. Über die juristische Natur der etwaigen Verbindlichkeiten, die nicht solche der Konkursmasse sein können, vgl. Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 44ff.

lung ermöglicht erst die Konstruktion eines einheitlichen, einzigen Vertrags. Dieselben wollen das Problem des Zwangs der Mehrheit auf die Minderheit lösen mit folgendem Schluß:

Die Gläubigerversammlung ist ein Organ der Gläubigerschaft.

Durch ihre Organe kommt aber der Wille der Gläubiger als Einheitswillen zum Ausdruck.

Folglich sind alle Gläubiger, auch die widersprechenden, an diesen Willen gebunden.

Dieser Schluß ist unrichtig, weil der Begriff des Organs darin ein unrichtiger ist.[51]) Organe in diesem Sinne gibt es nur bei juristischen Personen.[52]) Danach ist Organ eine natürliche Person oder eine Mehrheit von solchen zusammenwirkenden natürlichen Personen, deren geäußerter Wille unter gewissen Voraussetzungen (bei Vielköpfigkeit bei gewisser Übereinstimmung) als unmittelbarer Wille der juristischen Person zu gelten hat. Ohne ihre Organe wäre die juristische Person an sich handlungsunfähig und zwar nicht bloß rechtlich willenlos, wie z. B. ein Kind unter 7 Jahren, sondern auch ohne natürliches Leben, ohne natürlichen Willen, wie ihn das Kind besitzt. Das Wesen der juristischen Person ist, daß sie eine Einheit ist: selbständiger Träger von Rechten und Pflichten, zwar keine Einheit im biologischen Sinn, sondern eine rechtliche Einheit mit Organen im rechtlichen Sinn. Aber diese Organe sind für die juristische Person wie die Organe bei einem physischen Wesen wesentlich notwendig zu deren Existenz. Sie sind also nicht etwas von der juristischen Person reell verschiedenes, trennbares, sondern bilden einen wesentlichen Teil derselben. Sie müssen da sein, bevor die juristische Person entsteht. Und deshalb müssen auch nach unserem Gesetz die Vereine eine Verfassung haben und diese nachweisen, bevor sie durch Verleihung oder Eintragung zur juristischen Person erhoben werden können. Daher ist die juristische Person schon mit ihrer Geburt nicht bloß rechtsfähig, sondern vollkommen geschäfts- und prozeßfähig.[53]) Sie kann nicht rechtsfähig sein ohne zugleich handlungs-

---

[51]) Darüber, daß die Gläubigerversammlung kein Organ der Gläubiger ist, vgl. auch Pasquay in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 65, S. 434; Bd. 66, S. 34.

[52]) So auch Potyka in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 70, S. 503.

[53]) So auch Schultze, Vorlesungen über Zivilprozeß, § 58,3; Crome, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 228, Anm. 11; Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. I, S. 188; Fischer-Henle (9. Aufl.) zu § 26; Kisch, Vorlesungen über bürgerl. Recht

fähig zu sein. Dagegen braucht dies bei einem Menschen nicht der Fall zu sein. Deshalb zählt das Gesetz in § 104 ff. BGB. die juristische Person nicht zu den Geschäftsunfähigen. Dieser Auffassung steht § 26 BGB. nicht entgegen. Nach ihm hat das Organ nur „die Stellung eines gesetzlichen Vertreters". Sonach ergibt sich ein doppelter wesentlicher Unterschied zwischen Organ und Vertreter:

Der Vertreter handelt immer in fremdem Namen für ein fremdes Rechtssubjekt. Vertreter und Vertretener sind zwei verschiedene Rechtssubjekte. Das Organ dagegen handelt nicht im Namen der juristischen Person, sondern „als Organ", d. h. eigenen Namens. Zwar können es nur natürliche Personen sein: eine oder mehrere, aber trotzdem sind sie in ihrer Eigenschaft als Organe nicht ein von der juristischen Person verschiedenes Rechtssubjekt, sondern bloß ein wesentlicher Teil *ein* und *desselben* Rechtssubjekts: der juristischen Person. Wenn sie daher auch aus mehreren Personen bestehen, so ist zwar der Wille dieser Personen zusammen, soweit sie natürliche Personen sind, eine Mehrheit von Willensäußerungen, soweit sie dagegen als Organe wollen, nur *ein* Wille, weil *eine* Person, *ein* Rechtssubjekt nur *einen* Willen besitzt. Folglich kann es keinen Widerspruch geben zwischen diesem Willen und dem Willen der juristischen Person, denn es ist ja, weil nur eine Person, so auch nur ein Wille überhaupt da. Beim gesetzlichen Vertreter kann es dagegen zwei rechtliche Willen geben (z. B. beschränkt Geschäftsfähiger und sein Vormund), die in Widerspruch zueinander geraten können, oder der *rechtliche* Wille des gesetzlichen Vertreters tritt in Gegensatz zu dem *natürlichen* Willen des Vertretenen (z. B. Vormund und der Wille eines nicht wahnsinnigen, aber wegen Geisteskrankheit Entmündigten). Erst recht kann eine solche Kollision der beiden Willen eintreten bei der gewöhnlichen Vollmacht, wenn Vertreter und Vertretener voll geschäftsfähig sind. Dann können sowohl Willensmängel des Vertreters als des Vertretenen möglich und für die Folgen der Willenserklärung von Bedeutung sein. Eine solche Zweiheit von Willen, ein solcher Widerspruch zwischen Organ und juristischer Person ist aber bei dieser begrifflich unmöglich, eben so undenkbar, als *ein* Willensakt eines Menschen *zwei* Willensakte sein, als eine 1 gleich einer 2 sein kann. Bei der juristischen Person er-

---

und Zivilprozeß; Gierke, Genossenschaftstheorien, S. 140, 733; Hellwig, Anspruch, S. 238; Schultze in Grünhuts Z., Bd. 28, S. 526.

Anderer Meinung die Kommentare zur ZPO., vgl. besonders Gaupp-Stein zu § 51, III und die dort angeführte Literatur, insbesondere auch das Reichsgericht.

klärt sich also aus ihrem Begriffe die Bindung der Mitglieder durch die Organe, aber auch hier werden juristisch die einzelnen nicht durch die Organe, z. B. den Vorstand gebunden, sondern berechtigt und verpflichtet wird vielmehr nur die juristische Person: das eine, selbständige Rechtssubjekt, nicht die Mitglieder, die durch die Handlungsweise der Organe nicht betroffen werden, nicht für sie haften. Ja, daß die einzelnen Mitglieder nicht durch die Rechtshandlungen der Organe berührt werden, das ist geradezu das juristisch und wirtschaftlich bedeutungsvollste Charakteristikum der juristischen Person und nur ihr allein eigentümlich, also ganz anders als beim Vertreter.

Da nun die Gläubiger im Konkurse kein selbständiges Rechtssubjekt bilden, so ergibt sich klar, daß die Gläubigerversammlung, nicht deren Organ in dem oben beschriebenen Sinn sein kann. Eine andere privatrechtliche Organisation als die bei juristischen Personen kennt das Zivilrecht aber nicht, mindestens darf der Inhalt und der Begriff dieses Wortes, so wie er sich bei den juristischen Personen darbietet, auf kein anderes Rechtsgebilde übertragen werden. Und es besteht dazu auch kein Bedürfnis. Bei den einzelnen Menschen sowie bei zivilrechtlichen Gemeinschaften (die juristische Person ist ja keine Gemeinschaft, vgl. oben), z. B. Gesellschaften können die Zwecke, die die juristische Person nur durch ihre Organe erreichen kann, ganz gut auf anderem Wege durch gegenseitige Vertretung (rechtsgeschäftliche Tätigkeit) oder durch Auftrag (tatsächliche Vertretung) erreicht werden[54]) (vgl. die Regelung bei der Gesellschaft nach BGB. und der offenen Handelsgesellschaft). Das gilt auch für den nichtrechtsfähigen Verein. Da derselbe keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, so bedarf er auch nicht einer Organisation wie die juristische Person, sondern kann seine Tätigkeit entfalten wie die Gesellschaft, und daher hat ihn das BGB. mit Recht nach Gesellschaftsrecht geregelt. Und nach meiner Meinung unterscheidet sich der nicht rechtsfähige Verein in nichts wesentlich von der Gesellschaft und hat mit der juristischen Person nichts gemein als den äußeren Schein, ist nichts als eine Reminiszenz an die deutsch-rechtliche Genossenschaft, die ein Mittelding zwischen der juristischen Person und der gewöhnlichen Gesellschaft darstellte, durch das BGB. aber dem Gesellschaftsrecht

---

54) So auch Nagel, Sächs. Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß, Bd. 10, S. 695ff.; Neumann, Jahrbücher, Bd. 1, S. 421; Voß: Die Gläubigerversammlung als Organisation: Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 97, S. 416; Fiori, Die Gläubigerversammlung nach schweiz. Konkursrecht, S. 31.

unterworfen wurde, so daß unser Gesetz nur zwei „Personengemeinschaften" kennt: die juristische Person und die Gesellschaft.[54a])

Wenn also Wach und die übrigen Verfechter dieser Organisationstheorie bei anderen Gebilden als der juristischen Person von Organen sprechen, so ist dieser Begriff auf jeden Fall nicht in dem festumgrenzten Sinne der Organe einer juristischen Person zu verstehen. Hat aber das Wort einen anderen Inhalt, so müßte dieser, sofern er nicht sonst im Zivilrecht allgemein geregelt ist, speziell in der Konkursordnung dargestellt sein. Wo sind nun die gesetzlichen Bestimmungen, die diese Organisation in ihrer Wirksamkeit regeln und derselben die Macht geben, die einzelnen Mitglieder rücksichtlich ihrer Privatrechte zu binden? Wach selbst sucht ja den Grund dieser Bindung nicht im Gesetz, sondern lediglich in der Organisation der Gläubigerschaft nach Analogie der deutschrechtlichen Genossenschaft.

Aus dem Gesagten ergibt sich schon, daß die Annahme einer organischen Tätigkeit durch die Gläubigerversammlung auch dann verfehlt ist, wenn die Gläubigerschaft eine privatrechtliche Gemeinschaft wäre. Auch vom Standpunkte einer solchen Gemeinschaft aus wird die Bindung der Minorität durch die Majorität der Gläubigerversammlung als des „Organs" dieser Gemeinschaft nicht erklärt, und wenn auch die Ausführungen oben (unter 1b S. 24ff.) nicht stichhaltig sein sollten, so sind auch in diesem Falle Träger des behaupteten gemeinsamen Rechtes ebenfalls wieder mehrere Personen. Der durch das angebliche Organ der Gläubigerversammlung zustande gekommene Beschluß wäre dann der Ausdruck des Willens aller dieser Träger. Sowie das Organ bei der juristischen Person den einen Willen des einzigen Rechtssubjekts zum Ausdruck bringt, brächte dieses angebliche „Organ" den Willen der einzelnen zum Ausdruck. Es entstände also kein Einheitswille und wäre dazu auch kein praktisches Bedürfnis vorhanden, da die einzelnen Träger der Gemeinschaft diesen Willen selber und unmittelbar äußern können.

Gewiß, auch Gesellschafter und Gemeinschafter können Beschlüsse fassen. Aber aus diesen entsteht kein Einheitswille. Einstimmige Beschlüsse sind Willensäußerungen Gleichstimmender. Mehrheitsbeschlüsse geben uns die Willenserklärungen deren, die mit der

---

[54a]) Anderer Meinung anscheinend d. Reichsgericht in Bd. 74, S. 371: Die dort aufgezählten Merkmale können aber auch bei der Gesellschaft vereinbart werden, wenn dies gewöhnlich auch mit andern Namen (z. B. statt Statut Gesellschaftsvertrag, statt Vorstand Geschäftsführer) geschieht, das zwingende Recht — und dies allein ist wesentlich — deckt sich aber bei beiden Instituten, z. B. die Haftung.

Mehrheit gegangen sind. Damit ist aber die Minderheit noch nicht ohne weiteres gebunden, sondern ob dieser Mehrheitsbeschluß auch diese Minderheit bindet, darüber entscheidet der Gesellschaftsvertrag. Bestimmt letzterer dies, so ist trotzdem noch nicht über ein Recht der Minderheit verfügt, d. h. der Wille der Mehrheit ist auch dann noch nicht Wille der Minderheit, sondern es ersteht hierdurch für die Minderheit bloß die klagbare Pflicht, dem innerhalb der Mehrheit zustande gekommenen Beschlußwillen sich zu fügen. Nach Wach soll aber die Willensäußerung der Mehrheit der Gläubigerversammlung zugleich die Äußerung aller Konkursgläubiger, ein organischer einheitlicher Willen sein, eine einzige Willenserklärung und daher der Zwangsvergleich ein einziger Vertrag.

Resultat: Der Wille des Organs bei der juristischen Person ist ein einziger Wille eines Rechtssubjektes. Nicht weil die juristische Person aus mehreren Rechtssubjekten besteht, braucht sie ein Organ zum Ausdruck eines Einheitswillens, sondern weil das eine Rechtssubjekt nicht willensfähig wäre ohne Organe, benötigt es diese;[55]) dagegen ist sein Wille begriffsnotwendig und von selbst Einheitswille.

Anders sucht Wach das Organ zu verwerten: Durch das Organ soll der selbständige Wille mehrerer zu einem Willen gemacht werden. Hier ist die Achillesverse der Organisationstheorie, sowohl der privatrechtlichen, als auch, wie später gezeigt werden soll, der prozessualen (Wohs). Instinktiv fühlen die Anhänger dieser Theorie auch diesen Grundirrtum und vermeiden es, klaren Wein einzuschenken, indem sie neben den nebelhaften Begriff „Organ", „organisiert", den noch dunkleren einer „Personengemeinschaft" „Personeneinheit" setzen, indem sie von dem lichten Namen „juristische Person" aus guten Gründen absehen und die ebenso klaren Begriffe von Gesellschaft und Gemeinschaft durch etwas stärkere „Einheiten" zu ersetzen suchen, um nur den Begriff des Organs verwenden zu können. Daß übrigens die Annahme einer Gemeinschaft nicht notwendigerweise zur Annahme einer zivilrechtlichen Organisation führen muß, zeigen die Schriftsteller, die trotz Behauptung einer Gemeinschaft die Lösung der Frage nach der Natur des Z.V. auf diesem Wege zurückweisen.[56]) [57])

---

[55]) Das ist also das Wesen und die Aufgabe des Organs: ein an sich und ohne es handlungsfähiges Rechtssubjekt handlungsfähig zu machen, nicht aber den Willen mehrerer sich widersprechender handlungsfähiger Rechtssubjekte in einen zusammenzuschmelzen.

[56]) Jaeger, Kohler, Petersen-Kleinfeller, Hellmann, Endemann.

[57]) Vgl. auch I,3 dieses Kapitels.

3.

Wir haben gezeigt, daß die Bindung der Minorität durch die Majorität nicht mittels des „Organs" der Gläubigerversammlung erfolgen kann, weil es Organe nur bei der juristischen Person gibt, die Gläubigerschaft aber keine juristische Person bildet, also die Organisationstheorie auch bei Annahme einer Gemeinschaft nicht zum Ziele führt.

Aber selbst wenn die Gläubigerversammlung ein solches Organ wäre, so hätte dieses noch kein Recht, durch Abschluß eines Gesamtheitvertrages über singuläre Rechte der einzelnen Gläubiger zu verfügen, dieselben zu vertreten. Gewiß äußert sich durch die Organe die gesamte Tätigkeit des organisierten Körpers, vollziehen sich durch sie alle Lebensäußerungen desselben, nicht bloß Willensäußerungen, sondern alle und die gesamte rechtserhebliche Tätigkeit. Gibt es also nur ein Organ, so hat dieses ipso iure auch Vertretungsmacht, Dispositionsbefugnis. Sind aber mehrere Organe vorhanden, so können die einzelnen Funktionen auf die einzelnen Organe sich verteilen, in bestimmtem Umfange dem einen oder anderen zugewiesen sein. So ist es möglich, daß einzelne Organe allein die Vertretungsbefugnis haben, z. B. der Vorstand bei der juristischen Person, § 26 BGB., und andere Organe überhaupt keine Dispositionsbefugnisse haben, sondern bloß verwaltende Funktionen ausüben. Die Art der Verteilung der Geschäfte bestimmt entweder das Gesetz oder der Wille der Beteiligten. So ist die Dispositionsbefugnis den Organen zwar in ihrer Gesamtheit begrifflich immanent, einem unter mehreren aber steht sie nur kraft einer besonderen Bestimmung (Verfassung, Gesetz) zu. Nirgends in der Konkursordnung findet sich nun aber eine Spur, daß gerade der Gläubigerversammlung solche Vertretungs- und Verfügungsbefugnisse eingeräumt sind. Daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über die Konkursmasse durch den Konkursverwalter auszuüben ist, bestimmt klar § 6 Abs. 1 KO. Daß daneben aber die Gläubigerversammlung, bloß weil sie Organ der Gläubigerschaft wäre, die „Gesamtheit", diese „Einheit" zu vertreten berechtigt wäre, folgt weder aus dem Gesetz, noch aus ihrer Organeigenschaft. Denn ebensogut wie sie wären dann auch Konkursverwalter- und Gläubigerausschuß „Organ" der „Gläubigerschaft".[58])

[58]) Hier sollte nur gezeigt werden, daß aus der etwaigen Eigenschaft der Gläubigerversammlung als Organ der Gläubigerschaft noch nicht deren Dispositionsmacht über Rechte der Gläubigerschaft gefolgert werden dürfte. Daß die Majorität der zustimmenden Gläubiger die Minderheit nicht gesetzlich vertritt, soll weiter unten

Wenn aber auch feststünde, daß dem „Organe der Gläubigerschaft" durch Gesetz oder Verfassung an und für sich ein solches Dispositionsrecht zustände, so dürfte aber keinesfalls diese Befugnis über die organisierte und vertretene „Gläubigereinheit" hinausgehen, d. h. über Rechte sich erstrecken, die überhaupt dieser Einheit nicht mehr zustehen, die fremden Dritten gehören. Und in der Tat sehen wir nirgends, daß die Versammlung aller Konkursgläubiger in Sonderrechte der einzelnen Gläubiger eingreift. Dagegen täte dies die Versammlung der Akkordgläubiger, wenn sie als Organ der letzteren den Z.V.-Vertrag schließt. Doch damit kommen wir zu unserem vierten Satz, den wir gegen Wach und seine Anhänger aufgestellt haben (vgl. oben S. 22).

4.

Nach Wach[59]) hat die Gesamtheit der nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger ihre nächste Parallele in der Gläubigerschaft im Konkurse überhaupt. Demnach gilt nach Wach von jener, was von dieser: Sie faßt ihre Beschlüsse auf Grund des Majoritätsprinzips, ist imstande, einheitlich als Gesamtheit zu handeln und über das Vermögen ihrer Mitglieder zu verfügen (vgl. oben S. 30ff.). Das ist ein neuer unbewiesener Satz Wachs, der aber gleichwohl wesentlicher Stützpunkt seiner Vertragstheorie ist. Danach ständen sich also im Konkursverfahren zwei Organisationen, zwei organisierte Einheiten gegenüber, zwei Rechtssubjekte, bzw. zwei „Genossenschaften", bzw. „Personengemeinschaften". Daß aber eine wesentliche Verschiedenheit zwischen diesen beiden angeblichen Organen besteht, ist klar. Und wozu denn noch eine Gemeinschaft, noch eine Einheit mit besonderen Organen? Bloß zu dem einzigen, einmaligen Rechtsgeschäft des Z.V.-Vertrags. Diese Versammlung der Akkordgläubiger kommt ebensowenig wie letztere sonst im ganzen Konkursverfahren nicht in Betracht, nicht einmal als Organ der Vollstreckung, ja, wenn dies Organ auch Vollstreckungsorgan wäre, so würde ihre Funktion als solches beim Z.V. keine Rolle spielen.[60]) Also von einer Identität zwi-

(II) gezeigt werden. Der Unterschied zwischen beiden Theorien liegt darin, daß dort das Organ das organisierte Ganze: die „Gläubigerschaft", hier ein Teil der Gläubiger den andern Teil vertritt.

[59]) Wach, Der Zwangsvergleich, S. 78.

[60]) So auch Jaeger (2. Aufl.), S. 749, Anm. 11; Hellmann, Lehrbuch, S. 645 und Anm. 4, und dies, obschon diese beiden Autoren eine Gemeinschaft unter den Konkursgläubigern annehmen, ein Beweis, daß auch von diesem Standpunkte aus für die Organisationstheorien nichts gewonnen ist.

schen beiden Organen oder von einer Parallelen zwischen ihnen kann keine Rede sein. Und wenn dem auch so wäre, so träfen die Einwände, die wir gegen eine organisierte Einheit aller Konkursgläubiger mit dem Organ der Gläubigerversammlung und den damit verbundenen Rechtfertigungsversuch des Majoritätsprinzips gemacht haben (vgl. oben S. 22 ff.), erst recht gegen diese Parallele zu. Bilden etwa auch die Akkordgläubiger in ihrer Gesamtheit ein neues Rechtssubjekt oder eine neue Gemeinschaft? Welches wäre der Grund dieser Gemeinschaft, etwa die Tatsache der Eröffnung des Konkurses? Dann hätte aber diese Gemeinschaft, für den Fall, daß überhaupt kein Z.V. angeregt und der Konkurs ohne solchen beendigt würde, gar keinen Zweck, keine Aufgabe. In diesem Fall gäbe es überhaupt kein gemeinschaftliches Recht. Wo wäre denn der Grund der Vertretungs- und Dispositionsbefugnis überhaupt und speziell über die nur den einzelnen Akkordgläubigern, nicht etwa der etwaigen Einheit zustehenden Forderungsrechte, d. h. über Sonderrechte der Mitglieder dieser behaupteten Einheit? Selbst wenn die Gesamtheit der Akkordgläubiger ein selbständiges Rechtssubjekt wäre, so hätte sie eine gewisse Aktivitätssphäre, die verschieden wäre von der der einzelnen Mitglieder. Durch letztere würde jene begrenzt. Aus dieser ihrer Domäne darf die juristische Person aber nicht heraustreten und übergreifen in die der Mitglieder. Vor deren Sonderrechten hat das Organ halt zu machen. Hier wäre Einstimmigkeit aller Mitglieder erforderlich.[61]) Ein solches persönliches Recht hat nun auch der Konkursgläubiger an seiner Forderung, und es darf ihm dies ohne seine Zustimmung nicht genommen werden. Zwingt aber der Beschluß der Mehrheit der Akkordgläubiger die Minderheit zum teilweisen Erlaß dieser Forderung, so ist dieser Beschluß ein wahrer Expropriationsbeschluß. Dazu hat aber nur die Staatsgewalt in den genau vom Gesetze bestimmten Fällen das Recht. Wenn daher Ciuntu[62]) behauptet, daß dieser Vorgang im neuen Recht vom Gesetz gebilligt ist, so hat er, wie an verschiedenen Stellen überhaupt, vergessen, uns dies näher zu begründen und sich mit „einem oberflächlichen" Blick auf die darüber vorhandene reiche Literatur begnügt, und wenn er weiter schreibt, daß schon im römischen Recht Abwesende oder dissentierende socii an die von der Mehrheit beschlossene Vertragsabreden gebunden waren mit Bezug auf Cicero Verr. II, 70, 71,

[61]) Vgl. § 35 BGB. und Kohler's Ausführungen in der Zeitschrift f. d. Zivilprozeß, Bd. 80, S. 554 ff.

[62]) Der Zwangsvergleich, S. 45.

so hat er übersehen, daß es sich dort um eine societas publicanorum handelt, d. h. nicht bloß um ein dauerndes, durch Vertrag geschaffenes Verhältnis, wo diese Bindung der Minorität durch Beschlüsse der Majorität sich schon durch gegenseitige Vertretungsmacht erklären würde, sondern sogar um eine juristische Person, daß also diese societas publicanorum gar keine Gesellschaft, sondern eine juristische Person war[63]) und es sich nur um deren Vermögen, nicht auch um das der Mitglieder handelte, Voraussetzungen, die alle bei der Gesamtheit der Akkordgläubiger nicht vorliegen. Mit Recht und wesentlich aus denselben Gründen wie wir verwirft daher auch Kohler[64]) die zivilrechtliche Erklärung des Z.V. aller dieser Organisationstheoretiker, und wir fassen unser Resultat in die folgenden prägnanten Sätze desselben zusammen:[65])

a) „Der Z.V. ist kein zivilrechtlicher Vertrag, weil, wenn man ihn als zivilrechtlichen Vertrag einer zivilrechtlichen Gläubigerschaft behandelt, er ein Vertrag ist, der weit über die Rechte der Vermögensverwaltung hinausgeht, die bestimmungsgemäß der Mehrheit der Vertragsgenossen gegenüber der Minorität zustehen (§ 745 BGB.)."

b) „Weil er die Sonderrechte der Gläubiger, die iura singulorum antastet, denn keine Gemeinschaft kann kraft Gemeinschaftsrechtes einen blanken Verzicht der Anteilsberechtigten auf ihre Sonderrechte anordnen."

c) Weil er nicht nur für die Verhältnisse im Konkurse, sondern auch für die Verhältnisse außer dem Konkurse maßgebend ist und nicht nur bezüglich des im sogenannten Beschlagsrechte (?) liegenden Konkursvermögens, sondern auch bezüglich des sonstigen namentlich des künftigen Vermögens des Schuldners bindend wirkt, mithin weit über die im Beschlagsrecht (d. h. der Gemeinschaft) tätigen Funktionen der Gläubigerschaft hinausgeht.

d) Weil er nicht nur die Gläubiger bindet, die am Konkurse teilnehmen, sondern auch die nicht teilnehmenden, bezüglich derer also von einem Beschlagsrecht (d. h. einer Gemeinschaft) und von einer Wirkung auf ihr Recht nicht die Rede sein kann. Hiernach ist jede zivilrechtliche Erklärung eines solchen Vertrags unzulänglich.

---

[63]) Vgl. Windscheid, Pandekten I § 57 Anm. 2a und die dort angegebene Literatur; § 58 Anm. 3, Bd. 2, S. 407 Anm. 1a; Brinz (1. Aufl.), S. 1009ff.; 2. Aufl. III S. 495; Pernice, Labeo I, S. 295; Gierke, Genossenschaftsrecht III, S. 42; Schmid, Archiv für zivilistische Praxis Bd. 36, S. 166ff.; Puchta, Pand. § 26.

[64]) Obschon er eine Gläubigergemeinschaft annimmt (vgl. oben).

[65]) In der Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, Bd. 30, S. 555ff.

II.

Als ein Einheits- oder Gesamtheitsvertrag zwischen dem Gemeinschuldner und der Versammlung der Akkordgläubiger als dem Organ der letzteren mittels des Majoritätsprinzips läßt sich demnach der Z.V. nicht erklären. Diese Theorie erklärt nicht die Bindung der Minorität durch die Majorität, den Eingriff in die Sonderrechte der Gläubiger. Nun gibt es in unserem Recht einen Fall, wo ein einzelner über die Rechte, und zwar die persönlichen Rechte eines anderen verfügen kann, nämlich bei der gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretung. Auf diesem Wege erklären denn auch Jaeger und andere[66]) die Bindung der einzelnen nicht zustimmenden Gläubiger. Das Majoritätsprinzip, der eine Gesamtheitsvertrag wird sonach ersetzt durch das einfache Stellvertretungsprinzip, die Mehrheit von Verträgen.

Eine nähere Begründung dieser Ansicht läßt sich aber bei deren Verteidigern nicht finden, obgleich gerade die richtige Lösung dieses Rätsels für die Frage nach der Natur des Z.V. entscheidend ist. Sieht man recht zu, so steckt in dieser Aufstellung eine doppelte Behauptung:

1. die Zwangsvertretung ist eine gesetzliche Vertretung (die theoretische Formulierung),

2. die Bindung der Minorität durch die Majorität erfolgt kraft gesetzlicher Bestimmung (eigentlicher Kern der Theorie).

1.

Es ist nun klar, daß eine Vertretung der Nichtzustimmenden durch die Konsentienten nur eine rechtsgeschäftliche (auf Vollmacht beruhende) oder eine gesetzliche sein könnte.

Daß sich nun diese Vertretungsbefugnis nicht auf Vollmacht gründet seitens der Abwesenden oder gar Dissentienten, erhellt ohne weiteres. Denn durch ihre bloße Abwesenheit erteilen die abwesenden Akkordgläubiger noch keine Vollmacht und noch weniger die Dissentienten, indem sie widersprechen. Übrigens wird eine solche Ver-

---

[66]) a) Als einfache gesetzliche Vertretung. So besonders Endemann, Lehrbuch § 91, II b; Fitting, Lehrbuch (I. u. II. Aufl.) § 45, nicht mehr aber in seiner 3. Aufl., vgl. weiter unten.

b) Als Zwangsvertretung Jaeger, 2. Aufl. § 173, Anm. 8 und 9; Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, S. 645 und Anm. 4 sowie in Birkmeyer's Encyclop, S. 749; Willenbücher, Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz (III. Aufl. von Dr. Günther) zu § 173.

tretung von den Anhängern der Vertretungstheorie gar nicht behauptet, sondern eine gesetzliche bzw. eine erzwungene.

Zunächst ist nun aber kein Unterschied zwischen gesetzlicher Vertretung und Zwangsvertretung. Beider Wesen liegt darin, daß sie, nicht wie bei der Vollmacht, unmittelbar ihre Vertretungsbefugnis auf den Willen des Vetretenen zurückführen, sondern unmittelbar auf das Gesetz. Der Wille des Vertretenen kommt nicht in Betracht, sondern nur der nach außen sich kundgebende, offensichtliche Wille, in fremdem Namen zu handeln, ist notwendig. Die Fälle der gesetzlichen Vertretung sind nun aber im bürgerlichen Recht genau genannt und geordnet. Nirgends fehlt es an der ausdrücklichen Bezeichnung als einer solchen, sowie an der genauen Umgrenzung der Vertretungsmacht. Dagegen deutet die Konkursordnung nicht im geringsten an, daß die Majorität durch ihren Beschluß kraft Gesetzes die übrigen Gläubiger vertritt. Und hier handelt es sich ja noch um Vertretung von Volljährigen, die zum Teil dieser Vertretung ausdrücklich widersprechen und deren ganz persönliche Rechte in Frage stehen. Hier wäre eine ausdrückliche dahingehende gesetzliche Bestimmung nötig gewesen, geradeso wie z. B. bei der Vertretung des Mannes durch die Frau innerhalb des Hauswesens (§ 1357 BGB.). Daß aber die Gläubigerversammlung nicht in der Eigenschaft eines Organes die ganze Gläubigerschaft vertreten kann, ist früher nachgewiesen worden und wird auch von Jaeger und Hellmann selbst in Abrede gestellt.[67]) In der Abstimmung allein und dem Ergebnis der Stimmenmehrheit kann eine solche Vertretungsbefugnis noch nicht liegen, einmal weil die Bindung durch diesen Mehrheitsbeschluß gar nicht feststeht und aus der Konkursordnung auch nicht nachweisbar ist, ja, selbst wenn sie hierdurch eintreten würde, noch nicht notwendigerweise eine gesetzliche Vertretung die rechtliche Ursache derselben sein müßte.

Übrigens liegt schon im Wort „Zwangsvertretung" der Widerspruch der Theorie. Eine solche Vertretung kann wohl auf den vermuteten Auftragswillen des Vertretenen hin erfolgen, nicht aber gegen dessen ausdrücklich erklärten Willen.[68]) Dies würde der geschichtlichen Entwickelung und dem ganzen Zweck dieses Instituts widersprechen. Die Idee, der Begriff dieser Einrichtung setzt wesentlich eine gewisse Willensübereinstimmung zwischen Vertreter und Vertretenem voraus. Und wenn das Gesetz eine gesetzliche Stellvertretung,

---

[67]) Jaeger, zu § 173, Anm. 11; Hellmann, Lehrbuch, S. 645, Anm. 4.

[68]) Vgl. Pollack, Oesterreichisches Konkursrecht, S. 396.

d. h. eine Vertretung auch ohne den Willen des Vertretenen zugelassen hat, so hat es jenes Prinzip nicht umgestoßen, sondern nur ergänzt: Die gesetzliche Vertretung ruht auf einer vermuteten Willensübereinstimmung, eine Vermutung, die um so gerechtfertigter ist, als in den Fällen derselben der Vertretene seinen eigenen Willen rechtlich nicht zu äußern vermag. So wie sich im Organ der juristischen Person deren ganze rechtliche Tätigkeit äußert, so durch den gesetzlichen Vertreter bloß die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Vertretenen. Spricht man aber von Zwangsvertretung, so tritt man in Wahrheit völlig aus dem Rahmen der Stellvertretung heraus: es kann nicht mehr die Rede sein von einem vermuteten Willen, wenn der Wille des Pseudovertretenen ausdrücklich sich zu dem seines Vertreters in Widerspruch setzt. In dem Gedanken einer solchen Zwangsvertretung steckt in Wirklichkeit daher mehr als eine bloße Vertretung, eine solche Zwangsvertretung ist nichts anderes als ein Gesetz, das ein Individuum einem andern auferlegt.[69])

Unerklärlich ist ferner auch, wie diese Pseudovertreter durch denselben Akt sich selbst und die Vertretenen verpflichten können, und zwar in dem Grade, daß man nach der Abstimmung weder Vertretene noch Vertreter unterscheiden kann, daß alle auf derselben Linie stehen, gleich berechtigt und verpflichtet sind. Dies alles steht in völligem Widerspruch mit dem Vorgehen des Vormundes, das als Analogon von den Anhängern dieser Theorie angeführt wird.[70])

Wie willkürlich die Annahme einer solchen gesetzlichen Vertretung ist, erhellt schließlich noch aus folgender Erwägung: nach § 166 Abs. 1 BGB. muß der Vertretene sich die Arglist und den Betrug des Vertreters anrechnen lassen.[71]) Wenn nun die zustimmenden Gläubiger die übrigen vertreten, so könnte der durch Betrug zustande gekommene Z.V., auch wenn nur einer der zustimmenden Gläubiger, d. h. der Vertreter der übrigen, den zum Zweck der Täuschung entstellten wahren Sachverhalt gekannt hat, von keinem der nichtzustimmenden Gläubiger, den Vertretenen, wegen Betrugs angefochten werden können; dies widerspricht aber ebenfalls den Bestimmungen der §§ 196 u. 197 KO.[72])

---

[69]) Vgl. Rouast, Notion juridique de contrat collectif, S. 205.

[70] Rouast, a. a. O. S. 207.

[71]) Vgl. auch Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 58, S. 343 ff. und Bd. 68, S. 376.

[72]) So auch Wilmowsky (6. Aufl.), S. 468.

2.

Die behauptete gesetzliche Vertretung ist also eine unerwiesene und unhaltbare Ansicht, höchstens eine sogenannte wissenschaftliche Fiktion, nicht einmal eine gesetzestechnische, d. h. durch die Ausdrucksweise des Gesetzes begründete. Selbst wenn sie aber eine solche wäre, so wäre dies nur ein durch die betreffende gesetzliche Bestimmung abgegebenes Geständnis, daß eine Vertretung im gewöhnlichen Sinne nicht vorliegt und nur deren Wirkungen auch einem andern Tatbestand zukommen, wie ja überhaupt jede Fiktion sich ergibt aus der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung eines in seinem Wesen noch nicht erkannten Tatbestandes. In Wahrheit ist also diese Theorie nichts als ein Wortspiel, dessen Inhalt sich zurückführen läßt auf die Behauptung: der Z.V. ist ein Vertrag. Das Kuriosum dieses Vertrags, die Bindung der Minorität durch die Majorität, tritt ein einfach kraft gesetzlicher Bestimmung. Eine solche Vorstellung ist aber im Grunde nichts anderes als ein Verzicht auf jede Erklärung, und insoweit deckt sie sich mit den Aufstellungen von Löhr und besonders von Oetker, und daher sind auch insoweit die nämlichen Widerlegungsgründe wie dort am Platze (s. weiter unten). Hier sei nur kurz bemerkt, daß jede Rechtswirkung schließlich und unmittelbar auf Gesetz beruht. Deshalb brauchen solche Wirkungen noch nicht auf Zwangsvertretung zu beruhen, sonst könnte man schließlich auch den urteilenden Richter ebensogut als Zwangsvertreter der unterliegenden Prozeßpartei ansehen.

III.

Noch bedenklicher aber als die vorige Ansicht ist die Konstruktion von Petersen-Kleinfeller (4. Aufl.). Danach erfolgt die Bindung der Minorität durch Vertrag der zustimmenden Akkordgläubiger mit dem Gemeinschuldner. Dieser Vertrag ist zugleich ein Vertrag zu Lasten der nicht Zustimmenden und Abwesenden.

Die Verfasser erkennen selbst die theoretische Mangelhaftigkeit ihrer Konstruktion an, sind aber der Meinung, daß die Bedürfnisse des Lebens genügen, um die getroffenen Vorschriften zu rechtfertigen. Die Eigentümlichkeiten dieses Z.V.-Vertrages und die dadurch veranlaßte Notwendigkeit einer gerichtlichen Bestätigung schließen nach ihrer Meinung die Vertragsnatur desselben nicht aus. Dagegen ist zu bemerken:

Das praktische Bedürfnis ersetzt nicht die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Erklärung. Selbstverständlich bildet ein solches praktisches Bedürfnis den Anstoß und die Ursache, das Z.V.-Verfahren diesem Bedürfnis entsprechend durch gesetzliche Bestimmungen zu regeln. Nun ist klar, daß eine Übereinstimmung oder Zustimmung sämtlicher Akkordgläubiger zu dem Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners äußerst selten und nur unter Überwindung der größten Schwierigkeiten, ja oftmals überhaupt nicht zu erzielen wäre, daß also der Gesetzgeber notwendigerweise ein Mittel finden mußte, um unabhängig von den nicht zustimmenden Gläubigern das Zustandekommen des Z.V. zu ermöglichen, falls nur die große Mehrheit damit einverstanden wäre, daß also der Gesetzgeber, einer praktischen Notwendigkeit Folge leistend, in dieses Z.V.-Verfahren ein Moment des Zwanges einfügen mußte, das die Entscheidung herbeiführen sollte. Die Frage ist aber nur die, wo steckt dieses Moment des Zwanges, in welcher Form hat der Gesetzgeber dieser praktischen Notwendigkeit genügt, welches Konstruktionsmittel liegt diesen Einzelbestimmungen zugrunde? Welchen Weg der Gesetzgeber zu wählen hatte, und ob die gewählte Form die bestmögliche ist, ist Zweckmäßigkeitsfrage und de lege ferenda zu erörtern. Wie de lege lata die Konstruktion sich darbietet, die Frage steht hier zur Entscheidung. Mit dem Hinweis auf das praktische Bedürfnis ist dieselbe nicht gelöst, denn dieses ist auch sonst bei Gesetzen Veranlassung und maßgebend, ja, auf ihm beruht die Einrichtung der Gesetzordnung überhaupt. Aus Phantasien entstehen die Gesetze nicht. Ferner können verschiedene Gesetzgeber aus demselben praktischen Bedürfnis heraus eine verschiedene Regelung desselben vornehmen, die eine gut, die andere schlecht, so daß aus derselben praktischen Notwendigkeit verschiedene Konstruktionen entstehen, jene also zu diesen auch nicht die Erklärung geben kann. Daß ein solcher Vertrag zu Lasten Dritter vom Gesetzgeber hätte gebraucht werden können, ist klar, beweist aber noch nicht, daß er auch tatsächlich gebraucht wurde. Wenn die Zwangsenteignung als ein Fall angeführt wird, in dem „gleichfalls das Interesse der Gesamtheit dazu geführt hat, daß der Wille des einzelnen zurücktreten müßte", so wird damit die Möglichkeit der Verwendung einer Konstruktion durch das Gesetz mit der tatsächlichen Anwendung derselben verwechselt, abgesehen davon, daß ein Vergleich mit Zwangsenteignung vollständig unpassend ist; gerade bei der Zwangsenteignung erfolgt der Zwang gegen die nicht Zustimmenden nicht durch Vertrag, sondern durch Enteignungsbeschluß des

Landgerichts, d. h. durch staatlichen Zwang, durch autoritativen Machtspruch.

Schon erwähnt ist, daß sich hierfür ebensowenig wie für eine gesetzliche Vertretung ein Anhaltspunkt in unserer Konkursordnung findet, ja es gibt überhaupt in unserem geltenden Recht keinen Vertrag zu ungunsten Dritter oder irgendein Analogon, das dazu berechtigte, auf die Theorie eines Vertrags zu ungunsten Dritter zu verfallen. Gewiß ist es eine häufige Erscheinung, daß durch Vertrag zwischen zwei Personen eine dritte unmittelbar verpflichtet wird. Aber dies geschieht nicht einfach mittelst eines Vertrages zu Lasten dieser dritten Person, wobei die dritte Person in keiner Weise mitwirkt, ja, überhaupt nichts davon zu wissen braucht, sondern auf dem Wege der Vertretung, d. h. entweder freiwillig auf Grund eines Rechtsgeschäftes zwischen dem Dritten und seinem Vertreter oder im Wege der gesetzlichen Vertretung. So sind denn auch alle etwaigen Geschäfte, durch welche Dritte verpflichtet werden, aufzufassen,[73]) und daher liegt in der Konstruktion des Z.V. als eines Vertrages zu Lasten Dritter nichts anderes als die versteckte Behauptung einer Zwangsvertretung der nicht zustimmenden Akkordgläubiger durch die Majorität. Dagegen haben wir uns aber schon weiter oben gewendet. Schließlich ist aber diese Theorie auch nicht fähig, die persönlichen Beziehungen zwischen dem Gemeinschuldner und den nicht zustimmenden Gläubigern zu erklären, die der Z.V. schafft. Dieser ergreift alle Akkordgläubiger mit derselben Wirksamkeit, so daß kein Unterschied zwischen den Rechten bzw. Pflichten der dissentierenden bzw. abwesenden und der zustimmenden Gläubiger zu erblicken ist.[74]) Übrigens ist es vor allem notwendig, daß bei einem Vertrage zu Lasten Dritter der Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet ist, die Dritten zu verpflichten, geradeso, wie bei einem Vertrage zugunsten Dritter der Wille der Parteien dahingehen muß, dem Dritten ein Recht zuzuwenden. Also müßte auch beim Z.V. bei den Zustimmenden der Wille vorhanden sein, die Nichtzustimmenden zu berechtigen bzw. zu verpflichten.[75]) Ein solcher Wille ist aber nirgends wahrzunehmen und, wie nochmals hervorgehoben werden soll, in unserer Gesetzgebung nir-

---

[73]) Windscheid, Pandekten § 317.

[74]) Vgl. Petimesas, Der Zwangsvergleich unter besonderer Berücksichtigung des griechischen Konkursrechtes, S. 48; Windscheid-Kipp, Pandekten II, §§ 316, 316a, 317.

[75]) Löhr, Zeitschrift f. d. Zivilprozeß, Bd. 16, S. 415.

gends außer der Stellvertretung mit einer solchen verpflichtenden Kraft für Dritte ausgestattet.[76])

IV.

Die Wirkung des Z.V. auf die nicht zustimmenden Akkordgläubiger als Versäumnisfolge aufzufassen, geht natürlich erst recht nicht an, und es ist dies auch von keinem Anhänger der zivilrechtlichen Vertragstheorie geschehen.[77]) Nur einige frühere Gesetzgebungen,[78]) die den reinen Vertragsgesichtspunkt konsequent durchführten,[79]) haben sich durch eine solche Ausdehnung des Kontumazialprinzips zu helfen gesucht. „Allein es ist offenbar eine durchaus anormale Ausdehnung des Kontumazialprinzips, wegen Ausbleibens einen Vertragswillen als vorhanden und als geäußert anzunehmen, der nicht geäußert worden ist, und das zumal Personen gegenüber, für welche es sich lediglich um Ausübung ihres Rechtes handelt und in keiner Weise um Erfüllung einer prozessualen Pflicht."[80]) Versäumnisfolgen treten nur als Folgen prozessualischer Unterlassungen ein, würden einen Prozeß zwischen den Zustimmenden und nicht Zustimmenden unter den Akkordgläubigern zur Voraussetzung haben und könnten keinesfalls für die ausdrücklich Widersprechenden eintreten. Schließlich beweist gerade die Bindung der nichtzustimmenden Akkordgläubiger lediglich als Kontumazialfolge, daß sie tatsächlich keinen Vertrag geschlossen haben, sondern daß dies vom Gesetz bloß fingiert wird. Die Fiktion eines gesetzlichen Tatbestandes, z. B. des Vertragswillens, setzt aber begrifflich voraus, daß er in Wahrheit nicht vorhanden ist, sonst bedürfte es ja derselben nicht.

---

[76]) Die Verpflichtung des Erben zur Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Auflage ist ganz anderer Art, denn a) entspringt sie nicht notwendigerweise einem Vertrag, sondern auch einseitigen Verfügungen von Todeswegen, b) ist sie keine unbedingte wie die Wirkung für die nicht zustimmenden Akkordgläubiger, sondern setzt die Annahme der Erbschaft voraus, welche ausgeschlagen werden kann; also ist sie auf jeden Fall noch von einem andern Rechtsgeschäft (also freiwilligen Akt) des Erben abhängig, c) ist schließlich die ganze Erbschaft eine Zuwendung zugunsten des Erben, denn im Resultat ist der verpflichtete Erbe immer noch im Vorteil. Ist das nicht der Fall, so kann er sich durch Ausschlagung der Erbschaft auch seiner Verpflichtungen als Erbe entledigen.

[77]) Es müßte denn schon sein, daß diese Versäumnisfolge als solche positiv im Gesetz bezeichnet wäre.

[78]) Die Lübeck'sche Konkursordnung von 1862, § 14, 15, 91—95; Bayrische Prozeßordnung, §§ 1316, 1317; die Hannoversche Prozeßordnung 1850, §§ 609, 610, 626, 627.

[79]) Vgl. Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 117.

[80]) Vgl. Schultze, Deutsches Konkursrecht, S. 117.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 7. August 1882 zu Türkheim i. Elsaß als Sohn des Landwirts Franz Wackenthaler, ebenfalls aus Türkheim. Bis zum 14. Lebensjahre besuchte ich die Volksschule meines Heimatsortes, dann die Gymnasien Zillisheim und Straßburg i. Elsaß, wo ich im Jahre 1903 das Reifezeugnis erlangte. Von 1903 bis 1905 studierte ich in Straßburg Philosophie und Theologie, widmete mich dann den Rechts- und Staatswissenschaften in Freiburg i. Br. und Straßburg. Am 15. Januar 1909 bestand ich zu Straßburg die Referendarprüfung und bin seither im Vorbereitungsdienst. Der mündlichen Doktorprüfung unterzog ich mich am 13. Dezember 1911.

Der Verfasser.